

ANSIENNITETSHENSYNETS VEKT VED OPPSIGELSE I ARBEIDSFORHOLD ETTER LOV OG TARIFFAVTALE

En sammenligning av ansiennitetshensynets vekt etter arbeidsmiljøloven § 60 og
Hovedavtalen § 9 -12

Kandidatnummer: 361
Veileder: Kjetil Edvardsen
Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 15054 ord

25.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Hovedproblemstilling og tema for oppgaven	1
1.2	Begrepsavklaring	1
1.3	Avgrensning av oppgavens tema	2
1.4	Rettskilder som er benyttet i fremstillingen	4
1.4.1	Generelt om metodeproblematikken i avhandlingen	4
1.4.1.1	Lov	4
1.4.1.2	Tariffavtale	5
1.4.1.3	Forarbeider	6
1.4.1.4	Rettspraksis	6
1.4.1.5	Reelle hensyn	8
1.4.1.6	Lov og Hovedavtalen formålsbestemmelser	8
1.4.1.7	Internasjonale rettskilder	8
1.4.1.8	Utenlandsk rett	9
1.4.1.9	Juridisk teori	9
1.5	Oppbygging av oppgaven	10
<u>2</u>	<u>ANSIENNITETSHENSYNETS RETTSLIGE GRUNNLAG</u>	<u>11</u>
<u>3</u>	<u>HENSYN SOM TALER FOR OG MOT Å TILLEGGE ANSIENNITETSHENSYN STOR VEKT VED OPPSIGELSE</u>	<u>13</u>
3.1	For arbeidstaker	13
3.2	For arbeidsgiver	14

<u>4</u>	<u>FORHOLDET MELLOM LOVBESTEMMELSE OG TARIFFAVTALT BESTEMMELSE</u>	<u>16</u>
4.1	Den lovbestemte ufravikelighet – aml § 5	16
4.2	Forholdet mellom aml § 60 og Hovedavtalens § 9 - 12	17
4.3	Den tariffavtalte ufravikelighet	21
<u>5</u>	<u>SAMMENLIGNING AV ANSIENNITETSPRINSIPPETS VEKT ETTER AML § 60 OG HOVEDAVTALEN § 9-12</u>	<u>24</u>
5.1	Historisk bakgrunn	24
5.2	Loven og tariffavtalens ordlyd	26
5.3	Loven og tariffavtalens formålsbestemmelser	28
5.4	Lovens forarbeider	29
5.5	Rettspraksis	31
5.5.1	Rettsavgjørelser avsagt av Høyesterett.	31
5.5.2	Arbeidsrettsavgjørelse	37
5.5.3	Underrettsavgjørelser	37
5.6	Internasjonale rettskildefaktorer	41
5.7	Utenlandsk rett	42
5.7.1	Svensk rett	42
5.7.2	Dansk rett	42
5.7.3	Finsk rett	43
5.8	Konklusjon	44
5.9	Kan man se helt bort fra ansiennitet som utvelgelseskriterium ved oppsigelse?	44

<u>6</u>	<u>ANSIENNITETSHENSYNET BETYDNING ETTER DEN NYE</u>	
	<u>ARBEIDSMILJØLOVEN</u>	<u>47</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>48</u>

1 Innledning

1.1 Hovedproblemstilling og tema for oppgaven

Oppgavens hovedproblemstilling er ansiennitetshensynets¹ vekt² i vurderingen av saklighetskravet ved oppsigelse av arbeidsforhold begrunnet i virksomhetens³ forhold etter arbeidsmiljøloven⁴ § 60, sammenlignet med Hovedavtalen mellom LO og NHO § 9 – 12. Hvorvidt ansiennitetshensynet har samme vekt i den skjønnsmessige avveiningen av ulike momenter etter saklighetskravet i aml § 60 og i Hovedavtalen § 9 – 12, må vurderes og avgjøres i tråd med de relevante rettskildefaktorer.

Det følger av den rettslige problemstillingen at også forholdet mellom lov og tariffavtale må drøftes.

1.2 Begrepsavklaring

Med begrepet ansiennitet menes hvor lenge en arbeidstaker har vært tilsatt i virksomheten.

Med en oppsigelse⁵ menes i denne fremstillingen at et arbeidsforhold blir brakt til opphør på initiativ fra arbeidsgiver.⁶ Arbeidsgivers adgang til å si opp arbeidstakere i kraft av sin styringsrett er imidlertid begrenset av en rekke lover, tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler.

¹ Begrepet ansiennitet er definert under punkt 1.2.

² Med vekt menes argumenter som kan utledes fra de relevante rettskildefaktorene på området og som avveies skjønnsmessig mot hverandre for eksempel for å fastslå hvilket rettslig innhold en rettsregel har.

³ Se om avgrensning under punkt 1.3.

⁴ Arbeidsmiljøloven vil heretter bli forkortet aml.

⁵ Se Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold 3.utgave s. 27.

⁶ En arbeidstaker kan på lik linje med en arbeidsgiver bringe et arbeidsforhold til opphør. Disse tilfellene faller imidlertid utenfor fremstillingen her.

Med begrepet arbeidsforhold⁷ menes at det foreligger et avtaleforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som går ut på at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for å utføre nærmere angitte arbeidsoppgaver. I aml fremgår dette forutsetningsvis av aml § 4, som definerer arbeidsgiver som den ”som har tilsatt” arbeidstakeren.

Begrepet ”tariffavtaler” er definert i arbeidstvistloven § 1 nr 8 som:

”en avtale mellom en fagforening⁸ og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”.

Tariffavtalebegrepet er i praksis omfattende. Både LO og NHO består av tilsluttede⁹ organisasjoner for forskjellig fag. De tilsluttede organisasjoner innen de enkelte fag, inngår normalt en landsomfattende tariffoverenskomst i tillegg til Hovedavtalen som ofte inneholder bestemmelser om lønn, arbeidstid og fagopplæring. I tillegg til de landsomfattende overenskomster, kan det også være opprettet særavtaler mellom den enkelte bedrift og den lokale fagforening. At det er adgang til dette, fremgår av Hovedavtalen § 4 – 1.

1.3 Avgrensning av oppgavens tema

Ansiennitetshensynets vekt kan være avhengig av hvordan ansettelsestiden beregnes i virksomheten. For eksempel kan det være tvil om ansienniteten skal beregnes bedriftsmessig eller avdelingsvis.¹⁰ Dette er imidlertid et omfattende tema som faller på siden av oppgavens problemstilling. Det avgrenses derfor mot dette.

Ansiennitetshensynet kan også være av betydning ved andre forhold enn oppsigelse i et arbeidsforhold. Eksempelvis kan ansiennitet være av betydning ved lønnsforhandlinger

⁷ Se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3. utgave s 22.

⁸ Det kan merkes ved denne definisjonen at en part i en tariffavtale på arbeidstakersiden bare kan være en fagforening. På arbeidsgiversiden kan derimot både en arbeidsgiver og en arbeidsgiverforening være part. Denne forskjellen er begrunnet i styrkeforholdet mellom partene.

⁹ Se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3 utgave s. 77.

¹⁰ Se blant annet Rt 1992 s. 776 (Sparebanken Nord Norge dommen) Dommen er nærmere behandlet under punkt 4.2.

både individuelt og kollektivt. Det kan også være av betydning ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skal få en forfremmelse eller ulike frynsegoder. Imidlertid er det ansiennitetens betydning ved oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold som er temaet for denne fremstillingen. Det avgrenses derfor mot en behandling av ansiennitetshensynets betydning ved andre forhold enn oppsigelse.

Andre hensyn enn ansiennitet er også etter rettspraksis og forarbeider ansett som relevante å vektlegge i saklighetsvurderingen ved oppsigelse etter aml § 60. Loven forutsetter at det skal foretas en helhetsvurdering. Oppgaven vil imidlertid avgrense mot behandlingen av andre hensyn enn ansiennitet. Andre hensyn vil kun bli behandlet i den grad de kan bidra til å belyse ansiennitetshensynets vekt etter aml § 60 og Hovedavtalen § 9 - 12.

Det avgrenses mot ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelser som skyldes at arbeidsgiver setter virksomheten ut på oppdrag jmf aml § 60 nr. 2 andre ledd.¹¹ Også masseoppsigelser og oppsigelse på grunn av virksomhetsoverdragelse vil falle utenfor denne fremstillingen. Årsaken til at det blir avgrenset mot en behandling av disse temaene, er at det ikke kan utelukkes at ansiennitetshensynets vekt kan være en annen i disse tilfellene. Det vil derfor falle utenfor oppgavens ramme å gå nærmere inn på en drøftelse av dette. En behandling av ansiennitetshensynets vekt ved internasjonale arbeidsforhold vil også falle utenfor fremstillingen her.

Oppgaven avgrenses også mot oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold. Ansiennitet vil kunne være av betydning også for forhold på arbeidstakersiden.¹² Problemstillingen vil da relateres til hvordan den enkelte arbeidstakers forhold skal vurderes, ikke hvilke kriterier som arbeidsgiver skal legge til grunn for utvelgelsen av overtallige arbeidstakere.

¹¹ Forbudet om oppsigelse som følge av utsetting av oppdrag i den nye aml som skal tre i kraft 01.01.06 § 15 – 7 tredje ledd, er noe endret i forhold til arbeidsmiljøloven av 1977.

¹² Se Rt. 1996 s. 1401. Her ble ansiennitetshensynet vekt ved oppsigelse vurdert opp mot brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt.

Ansiennitetshensynets vekt kan være av betydning også ved oppsigelse etter andre lover for eksempel tjenestemannsloven og sjøloven. Det avgrenses imidlertid mot ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse i andre lover enn aml.

Det er Hovedavtalen mellom LO og NHO § 9 – 12 som er relevant for fremstillingen her. Således vil ikke ansiennitetshensyn i henhold til tariffavtaler i offentlig sektor bli behandlet. Ansiennitetshensyn i andre hovedavtaler enn Hovedavtalen mellom LO og NHO i privat sektor vil heller ikke bli behandlet.

1.4 Rettskilder som er benyttet i fremstillingen

1.4.1 Generelt om metodeproblematikken i avhandlingen

I arbeidet med denne avhandlingen har jeg støtt på metodeproblemer spesielt i tilknytning til forholdet mellom aml ufravikelighet og Hovedavtalen § 9 - 12. Forholdet mellom lov og tariffavtale er i relasjon til avhandlingens problemstilling drøftet i kapittel 5. I tillegg er de mest sentrale Høyesterettsavgjørelsene gamle. Dette innebærer at underrettspraksis kan få større betydning enn ellers. I det følgende vil det bli redegjort for rettskildene som er benyttet i denne fremstillingen.

1.4.1.1 Lov

Aml § 60 lyder:

1. Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold.
2. Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenking eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidstakeren har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren. Ved avgjørelse av om oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.

Den sentrale lovbestemmelsen i denne fremstillingen er aml § 60.¹³

I tråd med alminnelig rettskildelære skal rettslige problemstillinger drøftes med lovbestemmelsens ordlyd som utgangspunkt. Spesielt for problemstillingen i denne oppgaven, er imidlertid at ordlyden i aml § 60 nr. 1 og 2 kun angir en ytre ramme for saklighetsvurderingen. Det kan ikke utledes noe generelt om ansiennitetshensynets vekt etter ordlyden i aml § 60. Ansiennitetshensynets vekt etter loven må således i stor grad besvares med støtte i andre rettskildefaktorer.

1.4.1.2 Tariffavtale

Tariffavtaler som rettskildefaktor har stor betydning på det arbeidsrettslige området.¹⁴

Den bestemmelsen som er aktuell her er Hovedavtalen inngått mellom LO og NHO 2002 – 2005 § 9 – 12. Den lyder:

Ved oppsigelse på grunn av innskrenking/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn.

Hvis bedriften i forbindelse med innskrenkinger i arbeidsstyrken finner grunn til å fravike ansienniteten og de tillitsvalgte er av den oppfatning at dette ikke er saklig begrunnet, kan spørsmålet bringes inn til forhandlinger mellom organisasjonene. Hvis de tillitsvalgte innen 3 dager etter konferansen gir bedriften beskjed om at de ønsker slike forhandlinger, utstår de omtvistede oppsigelser inntil det har vært forhandlet mellom organisasjonene.

Protokolltilførsel:

Tekstendringene innebærer ikke endring i gjeldende rettspraksis.

¹³ Den 17.06.05 ble den nye arbeidsmiljøloven vedtatt av Stortinget. Det har i ettertid blitt gjort en del endringer i det opprinnelige vedtatte lovforslaget som følge av regjeringsskifte og endring av Stortingets sammensetning i høst. Den nye loven med de endringer som er blitt gjort, skal tre i kraft den 01.01.06. I den nye loven blir den nåværende aml 60 erstattet av § 15 – 7. Dette medfører imidlertid ingen endring av rettstilstanden for ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse, se om dette kapittel 6.

¹⁴ Det er til en viss grad uenighet i juridisk teori om i hvilken grad avtaler er å anse som en rettskildefaktor. Eckhoff mente at individuelle avtaler ikke har betydning for bedømmelsen av generelle spørsmål, kun for rettsforholdet mellom partene. Imidlertid var han av den oppfatning at det var større grunn til å ta med avtaler som fastsetter generelle normer som for eksempel tariffavtaler som en rettskildefaktor se Eckhoff: Rettskildelære 5. utgave s. 25. Evju er i noen grad kritisk til terminologien om at det han kaller private normfastsettelse (rettsstiftende viljeserklæringer) skal holdes utenfor rettskildeteorien. Han skiller imidlertid også mellom ulike typer av private normfastsettelse. Han er i større grad enn Eckhoff opptatt av at generelle/abstrakte private normfastsettelse som f.eks Hovedavtalen mellom LO og NHO gir grunnlag for å formulere generelle rettskildemessige synspunkter. Se Evju: Jussens Venner 1980 s. 33 – 37.

Det kan etter ordlyden i § 9 - 12 trekkes slutninger om ansiennitetshensynets vekt i motsetning til i aml § 60. Dette kan være av betydning for om ansiennitetshensynets vekt er forskjellig etter de to bestemmelsene. Ordlyden i § 9 – 12 vil således bli tillagt stor vekt.

LO og NHO forhandler i disse dager om en ny utgave av Hovedavtalen. Verken LO eller NHO har etter det jeg kjenner til fremsatt krav om endringer av § 9 – 12. Rettstilstanden for denne bestemmelsen vil derfor formodentlig bli den samme når den nye Hovedavtalen trer i kraft.

1.4.1.3 Forarbeider

De forarbeidene¹⁵ som vil bli benyttet i denne fremstillingen er Ot.prp. nr. 31 1935 og Ot.prp. nr. 8 1956 til de gamle arbeidervernlovene. Disse er hovedsakelig benyttet som kilde for den historiske bakgrunnen. I tillegg anvendes Ot. prp nr. 41 (1975 – 1976) og Ot. prp nr. 50 (1993 – 1994), da det kan utledes enkelte slutninger om ansiennitetshensynets vekt etter aml § 60 fra disse. De nevnte forarbeider vil bli tillagt betydelig vekt i tråd med alminnelig rettskildelære i den grad de belyser spørsmålet om ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse.

Av forarbeider til den nye aml vil NOU 2004: 5 og Ot.prp nr. 49 (2004 – 2005) bli benyttet.

1.4.1.4 Rettspraksis

Prosessordningen på arbeidsrettens område er til dels ”dobbeltspoet”. Den bygger som utgangspunkt på at tvister som gjelder de individuelle arbeidsavtalene¹⁶ hører inn under de alminnelige domstolene. Aml § 61 nr. 2 fastsetter imidlertid en del prosessuelle særregler for blant annet oppsigelsessaker. Tvister som gjelder tariffavtalers gyldighet og hvordan tariffavtaler skal tolkes, hører derimot under en egen domstol Arbeidsretten, se

¹⁵ Når det gjelder Hovedavtalens forarbeider, se punkt 5.4.

¹⁶ Søksmål reist på grunnlag av den individuelle arbeidsavtale skal behandles av de alminnelige domstoler. Det gjelder også hvis det i arbeidsavtalen er henvist til tariffavtale eller til tariffavtalte bestemmelser dersom søksmålet gjelder den enkelte arbeidstakers krav eller rettsstilling for øvrig, og søksmålet blir reist av arbeidsgiver eller arbeidstaker. Se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3. utgave s. 95.

Arbeidstvistloven § 7. Arbeidsrettens dommer er på samme måte som avgjørelser avsagt av Høyesterett endelige¹⁷ jmf Arbeidstvistloven § 26 nr. 4.

Høyesterettspraksis er i tråd med alminnelig metodelære en tungtveiende rettskildefaktor på arbeidsrettens område, både når det gjelder lovregulerte og tariffregulerte områder. Imidlertid er det ikke avsagt mange Høyesterettsavgjørelser direkte relatert til avhandlingens problemstilling. De mest sentrale dommene er gamle. Det er imidlertid avsagt en rekke underrettsavgjørelser relatert til temaet. Underrettsavgjørelser er normalt ingen tungtveiende rettskildefaktor. Imidlertid kan noen momenter innebære at underrettspraksis når det gjelder ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelser kan få noe større betydning enn ellers. Når de mest sentrale Høyesterettsdommene er gamle, tilsier rettsområdets dynamiske karakter at man må se på nyere underrettsdommer hvor problemstillingen er drøftet. Spesielt gjelder dette hvor dommen er påanket til Høyesterett, men har blitt nektet fremmet av kjæremålsutvalget. Man må da se på hvilken nektelsesgrunn kjæremålsutvalget hadde. At anken blir nektet fremmet, kan tyde på dommen er godt begrunnet og at rettssetningen underrettsdommen bygger på er i samsvar med gjeldende rett. Kjæremålsutvalget ser derfor ikke noen grunn til at Høyesterett skal ta saken inn til behandling. Både underrettsavgjørelser som er blitt påanket til Høyesterett og avgjørelser som ikke er blitt det, vil bli benyttet som rettskilde i fremstillingen her, men deres vekt vil variere avhengig av bl.a. det som her er påpekt.

I tillegg vil noen rettsavgjørelser avsagt av Arbeidsretten bli benyttet. Arbeidsrettens avgjørelser er på samme måte som Høyesterettsavgjørelser endelige jmf arbeidstvistloven § 26 nr. 4. Rettspraksis fra Arbeidsretten er derfor en tungtveiende rettskildefaktor når det gjelder fortolkningen av tariffavtalte bestemmelser

¹⁷ Som hovedregel kan ikke Arbeidsrettens avgjørelser påankes til Høyesterett se arbeidstvistloven § 26 nr. 4. Det viktigste unntak fra denne regelen, er adgangen til å påanke en sak til Høyesterett på det grunnlag at saken ikke hører inn under Arbeidsretten. Imidlertid er ikke hovedregelen om at avgjørelser ikke kan påankes helt uproblematisk i forhold til Grunnloven § 88 som fastsetter at : ” Høiesteret dømmer i sidste Instans ”. Se for eksempel Rt. 1980 s. 52. I denne dommen uttalte Høyesterett at det blant annet var problematisk i forhold til Grunnloven § 88 å avskjære enhver anke til Høyesterett i store grupper av saker. Videre ble det uttalt at det i alle fall ville være betenkelig å avskjære Høyesterett enhver adgang til å prøve rettsanvendelsen.

1.4.1.5 Reelle hensyn

Med reelle hensyn menes hensynet til at et tolkningsresultat skal være rimelig og hensiktsmessig. De reelle hensyn er ikke objektivt konstaterbare slik som for eksempel lovtekst eller forarbeider. I denne fremstillingen vil reelle hensyn som gjør seg gjeldende bli benyttet som avveiningsmomenter i helhetsvurderingen for å komme frem til hvorvidt ansiennitetshensynets vekt er den samme etter aml § 60 og Hovedavtalen § 9 – 12.

1.4.1.6 Lov og Hovedavtalen formålsbestemmelser

Lovens formål er et moment av rettskildemessig relevans som det ofte blir lagt vekt på ved tolkingen. Arbeidsmiljøloven har en egen formålsparagraf som fremgår av § 1. Lovens formålsbestemmelse vil i denne fremstillingen bli benyttet som rettskildefaktor i den grad den er egnet til å kunne bidra til å kunne utlede noe om ansiennitetshensynets vekt etter aml § 60.

Hovedavtalen har en målsettingsbestemmelse i § 9 – 1 som tar sikte på å fremme medbestemmelse og samarbeid mellom ansatte og ledelse. Å tolke en avtale i tråd med målsettingen mellom partene, er å anse som et tungtveiende moment for hvordan en avtales rettsvirkninger er å forstå etter de alminnelige avtalerettslige tolkningsmomenter.¹⁸ Hovedavtalen målsettingsbestemmelse i § 9 – 1 vil bli tillagt vekt i helhetsvurderingen hvis det kan utledes noen generell slutning av denne om ansiennitetshensynets vekt.

1.4.1.7 Internasjonale rettskilder

Norge har ratifisert¹⁹ et stort antall konvensjoner på det arbeidsrettslige området. Det er imidlertid ILO rekommandasjoner²⁰ som vil bli benyttet som rettskilde i denne oppgaven. ILO rekommandasjon nr. 166 (1982) er sentral da den omhandler opphør av arbeidsforhold

¹⁸ Dette er nedfelt i UNIDROITS's Principles art 4.3(d).

¹⁹ Ved å ratifisere en konvensjon blir staten folkerettslig forpliktet til å følge konvensjonen. Dette skjer ved at de kompetente statsorganer gir sin bindende godkjenning av den fremforhandlede avtale.

²⁰ Internasjonale rekommandasjoner er anbefalinger til de enkelte land om hvilke regler som det enkelte land bør vektlegge ved gjennomføring av nasjonale regler.

og således er relevant for problemstillingen i fremstillingen her. Rekommandasjon vil imidlertid etter alminnelig rettskildelære ikke ha like stor vekt som konvensjoner. Årsaken til det er at rekommandasjon ikke er rettslig forpliktende på samme måte som konvensjoner. Et lands tilslutning til en rekommandasjon innebærer kun et politisk uforpliktende utsagn om at den vil bli lagt til grunn i nasjonal rett. Imidlertid er det vist til ILO rekommandasjon nr. 119 i forarbeidene til aml, Ot. prp. nr. 41 s. 15 (1975 – 1976). Dette kan utifra harmoniseringshensyn tale for at den i større grad kan være relevant ved fortolking av bestemmelsene om oppsigelse og avskjed i aml.

1.4.1.8 Utenlandsk rett

Det vil også bli sett på ansiennitetshensynets betydning ved oppsigelse etter de andre nordiske lands rett. Dette kan være relevant for å få et bredt perspektiv på hvordan rettsstilstanden er i disse landene sammenlignet med Norge. Utenlandsk rett vil i tråd med alminnelig rettskildelære ha liten vekt. I Ot. prp. nr. 41 s. 14 (1975 – 1976) vises det imidlertid til den svenske arbeidsmiljølov Lag om anställningskydd fra 1974 (revidert i 1982). Denne loven var en inspirasjonskilde da Arbeiderpartiet og LO i 1973 startet arbeidet med sitt ”fellesprogram for et bedre arbeidsmiljø” som senere kom til uttrykk i aml

av 1977. Disse momentene tyder på at Lag om anställningsskydd kan være relevant som rettskilde for hvordan arbeidsmiljølovens regler skal tolkes.

1.4.1.9 Juridisk teori

Juridisk teori er etter alminnelig metodelære en relevant rettskildefaktor å ta i betraktning når man skal løse et rettsspørsmål. Imidlertid er den ikke regnet for å være en tungtveiende rettskildefaktor. Domstolene viser likevel ikke sjelden til juridisk teori i sine avveininger. Juridisk teori vil bli benyttet som rettskildefaktor i denne fremstillingen både i form av bøker, kommentarutgaver, artikler og betenkninger hvor det kan bidra til å klargjøre rettsspørsmålene som oppgaven reiser.

1.5 Oppbygging av oppgaven

Jeg har valgt å strukturere oppgaven på følgende måte:

- I kapittel 2 redegjør jeg for ansiennitetshensynets rettslige grunnlag.
- Kapittel 3 omhandler de viktigste hensynene som taler for og mot å tillegge ansiennitetshensynet stor vekt ved oppsigelse både for arbeidsgiver og arbeidstaker.
- I kapittel 4 behandler jeg forholdet mellom lov og tariffavtale herunder hvilke problemer som kan oppstå i forholdet mellom aml § 60 og Hovedavtalen § 9 – 12.
- Deretter blir det i kapittel 5 foretatt en gjennomgang av de ulike rettskildefaktorene for å avklare om, og i hvilken grad ansiennitetshensynet vekt etter de to bestemmelsene er sammenfallende etter gjeldende rett.
- I kapittel 6 blir det kortfattet redegjort for om den nye aml innebærer noen endring i gjeldende rett knyttet til oppgavens problemstilling.

2 Ansiennitetshensynets rettslige grunnlag

Det fremgår av aml § 60 at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er ”saklig begrunnet”. Oppsigelsesvernet som fremgår av § 60 gjelder alle arbeidstakere som faller inn under definisjonen i aml § 3. De nærmere avgrensninger av hvem som faller innenfor aml sine regler er utviklet i rettspraksis. Bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse ble for første gang inntatt i arbeidervernloven av 1936 i § 33 a. Forut for denne loven var hovedregelen at arbeidsgiver kunne si opp en arbeider uten å angi noen grunn. Dette var fastslått i Rt. 1935 s 471.²¹

Saklighetskravet er i dag en rettslig standard.²² Spørsmålet blir så hva som kan utledes om ansiennitetshensynet fra lovens saklighetskrav. Av uttalelser som er gitt i Ot. prp nr. 41 s. 72 (1975 – 1976), fremgår det at betydningen av hva som må til for at oppsigelse skal være saklig ikke er statisk. De vurderingene som ligger til grunn for utvelgelsen etter lovens saklighetskrav, må til enhver tid må følge den sosiale utviklingen i samfunnet ellers. Høyesterett har fastslått at saklighetsvurderingen etter aml § 60 skal foretas i forhold til den enkelte arbeidstakers situasjon.²³ Det skal bygges på prinsippet om individuell saklighet, se Rt.1989 s. 508 (Norsk Jernverk). Etter dette kan det fastslås at selv om omstendigheter på arbeidsgiversiden i seg selv kan være saklig grunn for oppsigelse, må også oppsigelse av den enkelte arbeidstaker vurderes konkret.

²¹ Se punkt 5.1 nedenfor.

²² Kjernen i dette begrepet, er at det er tale om en rettsregel som viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium, gjerne en vurdering av sosial eller moralsk karakter. Et hovedpoeng med denne type rettslig regulering er at det åpner for at den samme lovbestemmelsen kan tillegges ulikt innhold over tid avhengig av hva som for eksempel er i tråd med samfunnsutviklingen til enhver tid.

²³ ”Ved avgjørelse av om oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkinger eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker” jmf aml § 60 nr 2.

Slutning om ansiennitetshensynets vekt i utvelgelsesprosessen ved oppsigelse fremgår ikke direkte av ordlyden i aml § 60. Imidlertid er det i rettspraksis utviklet noen retningslinjer om dette. For eksempel er det fastslått at det ved saklighetsvurderingen skal tas hensyn til særlig lang ansiennitet. En rettsavgjørelse som er særlig aktuell for problemstillingen i fremstillingen her er Rt. 1986 s. 879²⁴ (Hilleslanddommen), men det finnes også andre avgjørelser av betydning blant annet Rt.1966 s. 393 og Rt.1972 s.1330

Det er imidlertid direkte hjemlet i Hovedavtalen § 9 – 12 at ansiennitet kun kan fravikes når det foreligger ”saklig grunn”. Hovedavtalens regler er således et særskilt rettsgrunnlag for partene som er bundet av denne. Ansiennitetshensynets rettslige grunnlag er altså hovedsakelig hjemlet i rettspraksis og tariffavtale. I praksis er ansiennitetshensynet også ofte hjemlet i bransjeoverenskomster og særavtaler. Et eksempel på dette er luftfartsbransjen. Der fremgår det i mange tilfeller av særavtaler at et strengt ansiennitetsprinsipp skal legges til grunn ved oppsigelse.²⁵ Imidlertid kan ansiennitetshensynet også fremgå av den individuelle arbeidsavtale. For arbeidstakere som gjennom medlemskap i en fagforening er underlagt Hovedavtalen, må imidlertid ikke den individuelle arbeidsavtale om dette stride mot Hovedavtalens bestemmelse. Dette følger av arbeidstvistloven § 3 nr.3.²⁶

²⁴ Dommen er behandlet under punkt 5.5.

²⁵ Se f.eks dom avsagt av Borgarting lagmannsrett 14.12 1998. Se punkt 4.2.

²⁶ For en nærmere behandling av den tariffavtalte ufravikelighetsnorm, se punkt 4.3.

3 HENSYN SOM TALER FOR OG MOT Å TILLEGGE ANSIENNITETSHENSYN STOR VEKT VED OPPSIGELSE

3.1 For arbeidstaker

Fra en arbeidstakers ståsted har en vurdering av ansiennitetshensyn tradisjonelt sett vært ansett som en rimelig og rettferdig måte å gå frem på når en arbeidsgiver må si opp noen av sine ansatte på grunn av virksomhetens forhold. Særlig gjelder dette for de eldre arbeidstakerne med lang ansiennitet. Arbeidstakere som har hatt en lang og trofast fartstid på en arbeidsplass får således en særrettighet som følge av dette. Dette er blant annet fastslått i Rt. 1966 s. 393.²⁷ Her ble det uttalt at: ”Under disse omstendigheter hadde de nye eiere av Yven Papirfabriks anlegg etter min mening en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften”.

I tillegg til at det ofte oppleves som rettferdig å vektlegge ansiennitetshensyn, kan det også gi eldre arbeidstakere et ekstra vern. Dette er viktig av rent menneskelige hensyn, da det ofte er de eldste arbeidstakerne som kan ha problemer med å skaffe seg nytt arbeid og som kan oppleve det tyngst å miste jobben. Yngre arbeidstakere vil i de fleste tilfeller ha enklere for å skaffe seg nytt arbeid eller eventuelt for å omskolere seg på arbeidsmarkedet.

Å basere en oppsigelse på ansiennitetshensyn, har også den fordel at det sikrer arbeidstakernes forutberegnlighet. Ansiennitet er enkelt å måle objektivt, og det vil nok for mange arbeidstakere oppleves som enklere å bli sagt opp fordi man har vært ansatt et sted kortere enn de andre arbeidstakere enn hvis arbeidsgiver benytter mer subjektive kriterier ved utvelgelsen.

I tillegg vil mer subjektive utvelgelseskriterier som for eksempel effektivitet eller kompetanse, kunne ha den ulempe at det kan skape personkonflikter og dårlig miljø

²⁷ Denne dommen er behandlet under punkt 5.5 nedenfor.

mellom de ansatte på en arbeidsplass. Det kan nok lett virke veldig belastende for mange at arbeidstakere med betydelig kortere ansettelsestid likevel blir foretrukket fordi de etter arbeidsgivers syn er mer effektive eller kompetente.

Imidlertid må det være klart at ansiennitetshensyn ikke bare oppleves som et rettferdig utvelgelseskriterium for alle arbeidstakere. Det kan for eksempel virke urimelig for yngre arbeidstakere som har høy utdanning og gode kvalifikasjoner at de må gå først kun fordi de har kortest ansettelsestid. I tillegg vil det å følge ansiennitetshensyn slavisk som utvelgelseskriterium favorisere eldre arbeidstakeres rettigheter på arbeidsmarkedet fremfor de yngre. Dette kan også være problematisk fra et annet ståsted. Det er et faktum at unge arbeidstakere er avhengig av arbeidserfaring for å fremstå som attraktive ovenfor nye arbeidsgivere. Arbeidstakere med erfaring blir ofte foretrukket fremfor dem som ikke har det. Særlig i tider der det er trangt på arbeidsmarkedet kan dette være et problem. I tillegg er yngre arbeidstakere ofte i etableringsfasen med barn og kjøp av egen bolig for første gang. Hvis ansettelsestid til enhver tid er det avgjørende kriterium for hvilke arbeidstakere som skal sies opp, vil dette medføre at mange unge arbeidstakere vil kunne komme i en meget vanskelig økonomisk situasjon. Dette er et momenter som taler mot å tillegge ansiennitetshensyn stor vekt i utvelgelsesprosessen fra unge arbeidstakeres ståsted.

3.2 For arbeidsgiver

For arbeidsgivere kan det å tillegge ansiennitetshensyn stor vekt som utvelgelseskriterium både være en fordel og en ulempe.

Fra arbeidsgivers ståsted har ansiennitet en fordel fordi det er enkelt å måle. Dette kan også være positivt for arbeidsgiver da dette kan føre til mindre personkonflikter på arbeidsplassen i ettertid. Andre mer subjektive kriterier i en utvelgelsesprosess kan være vanskelig å måle. Særlig gjelder nok dette på en arbeidsplass med mange hundre ansatte der det kan være vanskelig for ledelsen å ha full oversikt over alle arbeidstakernes prestasjoner til enhver tid. I tillegg kan det å vektlegge ansiennitetshensyn føre til at arbeidsgiver beholder de arbeidstakerne som har lengst fartstid og derfor har mest erfaring.

Ofte er arbeidstakere med lengst ansettelsestid også de mest lojale. Dette kan være en fordel for en bedrift i en vanskelig økonomisk tid, og tale for ansiennitetshensyn skal tillegges stor vekt fra en arbeidsgivers ståsted.

Imidlertid er det også en rekke ulemper for en arbeidsgiver hvis ansiennitetshensyn skal tillegges stor vekt. Det vil ofte være en fordel for en bedrift som er i en vanskelig økonomisk situasjon å beholde sine dyktigste og mest faglig kompetente medarbeidere. Dette er viktig av hensyn til at bedriften til enhver tid må kunne være konkurransedyktig på markedet. I mange tilfeller er de dyktigste medarbeiderne ikke nødvendigvis de som har lengst ansiennitet. Naturlig nok vil det da være ønskelig, og i mange tilfeller nødvendig for en bedrift i en vanskelig økonomisk situasjon å legge andre kriterier enn ansiennitet til grunn i en utvelgelsesprosess. Det vil være en stor fordel for en bedrift i en slik situasjon å vektlegge andre kriterier enn ansiennitet i utvelgelsen av hvem som skal sies opp. Dette kan også være viktig på sikt for i størst mulig grad sikre de gjenværende arbeidsplassene i bedriften.

I tillegg kan det i noen grad være en fordel for en bedrift å beholde i alle fall en viss andel av yngre medarbeidere som lettere kan omskoleres og evner å se nye løsninger fordi deres kompetanse på området er nyere. Dette kan være viktig av hensyn til den stadige utviklingen på mange samfunnsområder som stadig stiller fornyende løsningsorienterte krav til arbeidslivet. Det må også tas med i betraktning at ansiennitet som utvelgelseskriterium ved oppsigelse er bedre egnet i bransjer der arbeidstakernes kompetanse i stor grad er den samme. Dette er typisk for en del bedrifter hvor for eksempel de ansatte står ved samlebånd og arbeider. I andre bransjer hvor arbeidsoppgavene er mange og varierte vil ansiennitet som avgjørende kriterium i en del tilfeller være uheldig for bedriften. Særlig gjelder nok dette hvor arbeidstakerne har stor grad av spisskompetanse på ulike områder. Disse momentene kan som helhet tale mot at ansiennitet tillegges stor vekt i en utvelgelsesprosess fra en arbeidsgivers side.

4 FORHOLDET MELLOM LOVBESTEMMELSE OG TARIFFAVTALT BESTEMMELSE

4.1 Den lovbestemte ufravikelighet – aml § 5

Tariffavtalens parter er bundet av de grensene som lovgivningen trekker opp for avtalefriheten. Som alminnelig regel er arbeidsmiljølovens bestemmelser ufravelige. Dette fremgår av aml § 5: "Loven kan ikke fravelkes med mindre dette er særskilt fastsatt". Så langt en tariffavtalt bestemmelse er i strid med preseptorisk lovgivning, vil den således være ugyldig.²⁸

Det ble uttalt i Rt 1998 s. 1357 at: "Ifølge arbeidsmiljøloven § 5 står en tariffavtale på samme måte som en individuell arbeidsavtale tilbake for loven. Ufraveligheten henger sammen med det vernehensyn loven bygger på".

Et eksempel fra Arbeidsretten kan også illustrere dette, se ARD 1949 s. 61. Her ble en tariffavtale som gikk ut på boikott av alle tidligere medlemmer av Nasjonal Samling kjent ugyldig. Årsaken til det var at retten fant at den tariffavtalte bestemmelse var rettstridig etter boikottloven § 2.

I utgangspunktet kan således ikke loven fravelkes til skade for arbeidstakeren. Dette innebærer at lovteksten selv må åpne for at det kan avtales avvik. Det fremgår ikke av § 60 at det kan avtales avvik fra denne bestemmelsen. Imidlertid kan det være vanskelig å fastslå om en avtale er til skade for arbeidstakeren. Det er i praksis slik at avtalens parter har en viss frihet til å vurdere dette, særlig når arbeidstakerne er representert av en stor fagorganisasjon.²⁹ Da vil styrkeforholdet mellom partene være betryggende ivarettatt. På bakgrunn av dette er det klart at det kan inngås tariffavtaler innenfor rammen av den yttergrensen som kravet til saklig grunn fastsetter. I det følgende vil problemstillingen være hvor grensen går for hva som gyldig kan avtales innenfor denne rammen.

²⁸ Virkningene av at en tariffavtalt bestemmelse er ugyldig, er at den ikke kan gis rettsvirkninger etter sitt innhold. Rettsgrunnlaget for dette er blant annet nedfelt i NL 5- 1- 2.

²⁹ Det er mer usikkert om det er adgang til dette når arbeidstakere inngår enkeltavtaler med arbeidsgiver uten en fagorganisasjon i ryggen. Arbeidstilsynet har da myndighet til å avgjøre om en slik avtale kan godkjennes.

4.2 Forholdet mellom aml § 60 og Hovedavtalens § 9 - 12

Problemstillingen vil etter dette være å ta stilling til hvilken adgang det er til å inngå tariffavtale om hvilken vekt ansiennitetshensynet skal ha ved oppsigelse innenfor aml ramme. Det er som nevnt i utgangspunktet ikke fastsatt i aml § 60 at bestemmelsen kan fravikes ved avtale. Imidlertid er det anledning til å inngå tariffavtale innenfor rammen av saklighetskravet i § 60 som nevnt ovenfor.

Lovens ordlyd oppstiller i utgangspunktet et vilkår om at oppsigelse må være ”saklig begrunnet” jmf aml § 60 nr. 1. I utgangspunktet gir dette anvisning på at det ved oppsigelse skal foretas en bred skjønnsmessig helhetsvurdering. Dette vilkåret er nærmere presisert i § 60 nr. 2. Der fremgår det av ordlyden at i saklighetsvurderingen som skyldes driftsinnskrenking eller rasjonalisering, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. En rekke momenter³⁰ inngår i vurderingen. Det oppstilles ingen retningslinjer i lovens ordlyd eller forarbeider for hvordan disse momentene i saklighetsvurderingen skal avveies mot hverandre. Hvordan en bedrift går frem i utvelgelsesprosessen, er imidlertid også av betydning for saklighetsvurderingen. Særlig gjelder dette hvor de tillitsvalgte aksepterer å være med i utvalg med reell myndighet til å legge retningslinjer for hvilke kriterier som skal ligge til grunn ved utvelgelsen av hvem som skal sies opp. Dette ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt 1992 s. 776 (Sparebanken Nord Norge dommen). Her var saksforholdet at en sparebank var kommet i en vanskelig økonomisk situasjon. En del arbeidstakere ble oppsagt. Tre av de oppsagte gikk til sak fordi de mente at oppsigelsen var usaklig etter aml § 60. Spørsmålet var hvorvidt en avtale om geografisk avgrensning av hvilke enheter ansienniteten ble beregnet innenfor, var å anse som saklig. Avtalen medførte at virksomhetsbegrepet ble fortolket innskrenkende, noe som igjen førte til arbeidstakernes ansiennitet ved de filialer som skulle nedlegges ble tilsidesatt. Arbeidstakerne mente at denne avtalen var i strid med aml § 60. De fikk ikke medhold av Høyesterett.

³⁰ Retningslinjene for hva som er å anse som saklig, er i stor grad utviklet i rettspraksis.

Førstevoterende uttalte på s.781 at: ”Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til om utvalget, og hermed de ansattes tillitsvalgte, i sitt videre arbeid sluttet seg til forslaget om at oppsigelser skulle skje av overtallige ansatte ved nedleggelse av filialer. Vesentlig for meg er blant annet at banken bl.a. gjennom utvalget – og hermed i nær kontakt med de ansatte – ut fra den prekære situasjon som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser, og at de ansatte i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt”.

Det kan utledes en rettssetning av denne dommen. Den viser at domstolene er varsomme med å tilsidesette utvelgelsen av arbeidstakere når de ansattes tillitsvalgte aktivt medvirker til hvordan utvelgelsen ved oppsigelsene foretas.³¹

Ordlyden i aml § 60 og i Hovedavtalen § 9- 12 må fortolkes for å se om § 9 – 12 går utover den ytre rammen som § 60 setter for saklighetsvurderingen.

Det er ikke tvilsomt at ansiennitet er et relevant³² kriterium å vektlegge i utvelgelsesprosessen av hvem som skal sies opp etter § 60. Hovedavtalen § 9 – 12 fastsetter at ansiennitet skal være et avgjørende kriterium hvor arbeidstakernes kvalifikasjoner ellers er like. Således kan det i utgangspunktet trekkes den slutning at det ikke er i strid med saklighetsvurderingen som § 60 oppstiller at det kan avtales at ansiennitet skal legges til grunn ved oppsigelse etter § 9 – 12.

Imidlertid er det et moment ved ordlyden i Hovedavtalen § 9 – 12 som kan være problematisk i forhold til aml § 60. Det fremgår at ansiennitet ”kan fravikes” når det foreligger saklig grunn. Ved begrepet ”kan” gis arbeidsgiver en valgfrihet. Arbeidsgiver kan altså velge å legge ansiennitet til grunn i utvelgelsesprosessen selv om det foreligger saklig grunn til å fravike den. Dette kan være problematisk hvor andre tungtveiende hensyn i saklighetsvurderingen gjør seg gjeldende. Andre saklige hensyn er for eksempel faglige kvalifikasjoner eller menneskelige hensyn. Loven gir som nevnt anvisning på en bred skjønnsmessig interesseavveining mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det kan stilles

³¹ Denne rettsetningen er også lagt til grunn i senere dommer se Rt. 2001 s. 71.

³² Dette fremgår av en rekke dommer for eksempel Rt. 1966 s. 393, Rt. 1986 s. 879.

spørsmålstegn ved om det er i tråd med lovens ordlyd og krav til individuell helhetsvurdering at en arbeidsgiver likevel kan velge at ansiennitet skal være det avgjørende ved utvelgelsen. Særlig kan det at en arbeidsgiver har adgang til dette, være tvilsomt hvor ingen av arbeidstakerne har vært ansatt lenge og det heller ikke er noen særlig forskjell i ansettelsestid mellom dem.³³

Rettspraksis har i flere avgjørelser sagt noe om forholdet mellom tariffavtalte ansiennitetsklausuler og saklighetskravet i aml § 60. Ingen av de to dommene som behandles nedenfor omhandler direkte forholdet mellom aml § 60 og Hovedavtalen § 9- 12. Imidlertid må det legges til grunn at rettssetningen som kan trekkes ut fra Høyesterettsdommen også kan gjøres gjeldende for forholdet mellom aml § 60 og Hovedavtalen § 9 – 12. Saksforholdet i dommen er direkte knyttet opp til problematikken som kan oppstå mellom tariffavtalte ansiennitetsbestemmelser og lovens saklighetskrav ved oppsigelse. Den andre underrettsdommen kan tjene som eksempel på at domstolene godtar ansiennitetsavtaler med en strengere ansiennitetsregel enn Hovedavtalen § 9 – 12.

Ved tariffavtalte ansiennitetsbestemmelser ved oppsigelse av arbeidstakere, kan forholdet mellom lov og tariffavtale komme på spissen. Høyesterett har en tilnærming til denne problemstillingen i Rt. 2001 s. 71. Uenigheten dreide seg om ansiennitetsberegningen ved oppsigelse fra plattform i Nordsjøen. Spørsmålet her var om en inngått ansiennitetsavtale³⁴ kunne legges til grunn. Det blir uttalt på s. 82 at:

”Jeg er enig i at det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler. Men det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”.

³³ Disse momentene ble blant annet vektlagt i Rt. 1986 s. 879, se punkt 5.5.

³⁴ Vurderingen av slike ansiennitetsavtalers forhold til avtaleloven § 36 vil ofte inngå som en del av saklighetsvurderingen, se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3 utgave s. 381.

Av dette utsagnet kan det utledes en rettssetning.³⁵ Det skal mye til før Høyesterett tilsidesetter tariffavtale bestemmelser om ansiennitet fordi det er i strid med saklighetskravet etter aml § 60. Høyesterett la her til grunn den samme rettssetning som Rt. 1992 s.776 bygde på, nemlig at rettsapparatet bør være varsomme med å tilsidesette avtaler mellom arbeidsgivere og tillitsvalgte. Imidlertid fremgår det også av dette utsagnet at Høyesterett i utgangspunktet anser at domstolene har full rett til å prøve om en tariffavtalt bestemmelse om ansiennitet er i strid med lovens saklighetskrav. Hvis Høyesterett i en konkret sak skulle komme til at det var motstrid mellom lov og tariffavtale, ville den tariffavtalte bestemmelse således måtte settes til side som ugyldig på grunn av sitt innhold. Imidlertid gir Høyesterett uttrykk for at det skal mye til før man setter til side en tariffavtalt bestemmelse som ugyldig. Bakgrunnen for det finnes blant annet i samspillet mellom lov og tariffavtale og hensynene som ligger bak denne reguleringen. Hensynene bak dette samspillet tilsier at styrkeforholdet mellom partene i et arbeidsforhold blir betryggende ivaretatt når det er organisasjoner som forhandler på vegne av sine medlemmer. Også hensynet til at tariffavtalte bestemmelser gjennomgående er en fordel for de fleste arbeidstakere tilsier at domstolene bør være varsomme med å tilsidesette avtaler av denne typen. Dette synspunktet kan også utledes av aml formålsbestemmelse jmf aml § 1 nr. 3 hvor det fremgår at lovens målsetting blant annet er: ”å gi grunnlag for at virksomheten selv kan løse sine arbeidsmiljøproblemer i samarbeid med arbeidslivets organisasjoner og med kontroll og veiledning fra offentlig myndighet”. Samspillet mellom lov og tariffavtale kan også utledes direkte ut av lovens system. Et eksempel på det er arbeidstidsbestemmelsen om nattarbeid etter aml § 43.

En dom fra lagmannsretten kan vise at domstolene også godtar ansiennitetsavtaler som har en strengere ansiennitetsbestemmelse enn Hovedavtalen § 9 – 12.

³⁵ Med begrepet ”rettssetning” menes en eller flere generelle setninger som kan utledes av dommen og som dommen anses som utslag av. Dette kalles også for dommens ”ratio decidendi”. Se Eckhoff: Rettskildelære 5 utgave s. 165.

Dommen ble avsagt av Borgarting lagmannsrett den 14.12.1998. Saksforholdet var at 4 flygere ble oppsagt på grunn av driftsinnskrenkinger. Retten kom til at tariffavtalen hadde et meget strengt ansiennitetsprinsipp. Dette førte til at de tre flygerne med best ansiennitet hadde krav på tre flygerstillinger i selskapet. Lagmannsretten uttalte at: ”Selv om en slik kollektivavtale kan slå ut skjevt ut i forhold til de arbeidstakere som risikerer å miste stillingen på grunn av kort ansiennitet, anses den gjennomgående å være til arbeidstakers fordel. Etter aml § 5 kan det avtales gunstigere vilkår for arbeidstakerne enn det som følger av lovens minstekrav, jf. Friberg s. 74”.

Det kan etter helhetsvurderingen som er gjort ovenfor trekkes en konklusjon.

Det er ikke tvilsomt at det er adgang til i en tariffavtale å avtale at ansiennitet kan vektlegges som det avgjørende hensyn ved oppsigelse når arbeidstakernes kvalifikasjoner i det vesentlige er like. Imidlertid kan den adgang Hovedavtalen § 9 – 12 gir til å legge avgjørende vekt på ansiennitetshensynet når også andre tungtveiende hensyn gjør seg gjeldende, være problematisk i forhold til den helhetsvurderingen loven forutsetter skal foretas. Høyesterett har imidlertid fastslått som vist ovenfor at det skal mye til før en slik ansiennitetsbestemmelse blir tilsidesatt, spesielt hvor arbeidstakernes tillitsvalgte har vært involvert i prosessen. Hvor grensen går er altså ikke endelig avklart.

4.3 Den tariffavtalte ufravikelighet

Den tariffavtalte ufravikelighet³⁶ er nedfelt i arbeidstvistloven § 3 nr. 3. Det fremgår av denne bestemmelsen at: ”Hvis en arbeidsavtale mellom en arbeider og en arbeidsgiver, som

³⁶ I juridisk teori benytter noen forfattere terminologien ”ufravikelighetsprinsipp”. Denne terminologien er blant annet kritisert av Evju. Han hevder at dette er misvisende begrepsbruk, da det er tale om flere ufravikelighetsnormer, ikke et prinsipp i entallsform. Etter sikker rettspraksis anses det for eksempel som en grunnleggende forutsetning for tariffavtalen at arbeidsgiver ikke skal inngå arbeidsavtale med utenforstående i strid med tariffavtalen. Dette er en side av ufravikeligheten. Likeledes vil arbeidsgiveren være tariffrettslig forpliktet til ikke å inngå en materielt avvikende tariffavtale med en annen fagforeningsmotpart selv om adgangen til å inngå tariffavtaler med flere motparter for samme arbeid er i behold, se ARD 1936 s 127. I tillegg er tariffavtalens bestemmelser i motsetning til aml § 5 ufravikelig både ved bestemmelser til skade og ved bestemmelser til gunst for arbeidstakeren, altså gjelder ufravikeligheten i begge retninger. Se Evju [et alt]; Arbetssrätten i Norden 1990 s 251 – 252. Se også: Evju i Arbeidsrett nr. 3 2005 s 137 – 139 ufravikelighet – en kommentar.

begge er bundet av tariffavtale inneholder noen bestemmelse som strider mot tariffavtalen er denne bestemmelsen ugyldig”.

Dette lovbestemte utgangspunktet innebærer at tariffavtalens regulering ikke kan fravikes av partene som er bundet av tariffavtalen.³⁷ Dette gjelder hvis ikke tariffavtalen selv åpner for at avvik kan avtales. Det følger av ufravikelighetsnormene i arbeidstvistloven § 3. nr. 3 at arbeidsgivere og arbeidstakere som er underlagt Hovedavtalen for eksempel ikke rettsgyldig kan avtale at de tillitsvalgte *ikke* kan kreve forhandlinger hvis de mener at ansienniteten er usaklig fraveket. Dette ville være direkte i strid med Hovedavtalens § 9 – 12. En slik avtale vil således være ugyldig, og ikke kunne gis rettsvirkninger etter sitt innhold. Hensynene bak reglene om den tariffavtalte ufravikelighet, er nettopp at både arbeidsgiver og arbeidstaker gjennom de fordeler man får gjennom det kollektive avtalesystemet må begrense sin individuelle avtalefrihet i perioden tariffavtalen gjelder. Den regulering av lønn og arbeidsvilkår som partene har oppnådd enighet om³⁸ vil ikke være av stor verdi hvis man likevel kan avtale arbeidsvilkår og lønnsvilkår i strid med tariffavtalen. Dette kan for såvidt også forankres i det alminnelige avtalerettslig prinsipp om at avtaler skal holdes.

Imidlertid kan Hovedavtalens bestemmelser få virkning også for andre som ikke er bundet av den. Tariffavtalte bestemmelser kan etter omstendighetene blant annet få virkning ovenfor uorganiserte arbeidstakere på samme arbeidsplass. En arbeidsgiver vil således kunne være forpliktet til å følge tariffavtalens bestemmelser også ovenfor uorganiserte arbeidstakere. Dette kan utledes av arbeidstvistloven § 3 nr. 3. Arbeidsmiljøloven har også noen bestemmelser som på noen punkter gir tariffbundne parter anledning til å etablere ordninger som avviker fra loven.³⁹ Tariffavtale kan også i noen tilfeller gjøres gjeldende ovenfor helt ubundne parter.⁴⁰ Rettsgrunnlaget for dette kan både være individuell avtale

³⁷ Denne normen kommer også til uttrykk i Hovedavtalen § 4 – 1. Her fremgår det forutsetningsvis at de særavtalte bestemmelser som er i strid med den overordnede tariffavtale ikke er bindende mellom partene. Det er imidlertid bare de bestemmelsene i særavtalen som strider mot den overordnede tariffavtale som er ugyldige, ikke særavtalen som sådan. Se Mork: Hovedavtalen LO – NHO 2002-2005 s. 41.

³⁸ Se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3. utgave s. 469.

³⁹ Dette følger av aml system. Se også punkt 4.1 ovenfor.

⁴⁰ Se Fougner: Arbeidsavtalen – utvalgte emner s. 64.

eller lov.⁴¹ At tariffavtalte bestemmelser kan få virkning overfor uorganiserte, er ikke uproblematisk i forhold til den negative organisasjonsretten.⁴² Man kan sette spørsmålstegn ved hvilken betydning den negative organisasjonsrett reelt sett har når man allikevel blir bundet av tariffavtalens bestemmelser. Det må imidlertid antas at det må kunne trekkes en grense⁴³ for hvilke bestemmelser som kan gjøres gjeldende ovenfor uorganiserte. Hvor denne grensen går, er imidlertid ikke avklart.

⁴¹ Et eksempel på dette er lov om allmenngjøring av tariffavtaler av 4. juni 1993. Formålet med loven er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns og arbeidsvilkår som er likeverdige med de norske arbeidstakerne.

⁴² I Rt. 2001 s 1413 hadde Høyesterett blant annet vurderinger knyttet til den negative organisasjonsfrihet ved ansettelser. Høyesterett fastslo i denne dommen at en organisasjonspliktlausul ved ansettelse var ugyldig fordi den var i strid med den daværende aml § 55 A. Rettsetningen som denne dommen bygde på, vil formodentlig også kunne gi veiledning for den negative organisasjonsretten når det gjelder spørsmål om oppsigelser. Høyesterett slo også fast i denne dommen at Den Europeiske Sosialpakt beskytter den negative organisasjonsfrihet. Det har vært knyttet noe usikkerhet til om EMK art. 11 beskytter den negative organisasjonsfrihet. Om forholdet mellom ESP og EMK uttalte Høyesterett om dette at: ”I dag synes det riktig å si at ESP går lenger i å beskytte den negative organisasjonsfrihet enn det som følger av praksis etter EMK artikkel 11 ”.

⁴³ Hvis en tariffavtale fastsetter at arbeidstakere som ikke er medlemmer av en angitt fagorganisasjon skal betale en såkalt tariffavgift, kan det reises spørsmål om dette er i strid med den negative organisasjonsrett. Slike bestemmelser innebærer imidlertid ikke krav om medlemskap , samtidig som man unngår at uorganiserte drar fordeler av fagorganisasjonens virksomhet. I juridisk teori er det derfor antatt at slike bestemmelser må anses som gyldige. Se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3 utgave s 475.

5 SAMMENLIGNING AV ANSIENNITETSPRINSIPPETS VEKT ETTER AML § 60 OG HOVEDAVTALEN § 9-12

5.1 Historisk bakgrunn

Bestemmelser om usaklig oppsigelse ble for første gang inntatt i arbeidervernloven av 1936 i § 33 nr. 3 a.⁴⁴ Før denne loven kom, kunne arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett si opp hvem han ville uten noe krav til saklig grunn. Oppsigelsen trengte heller ikke å være begrunnet i omstendigheter som hadde noe med arbeidsforholdet å gjøre. Den eneste yttergrensen som gjaldt, var at oppsigelse ble ansett uberettiget hvis det eneste formålet med den var ren sjikane mot den enkelte arbeidstaker. Dommen i Rt. 1935 s. 467 oppsummerte rettstilstanden før arbeidervernloven.⁴⁵

Arbeidervernloven av 1936 § 33 punkt 3a fastslo at en arbeidstaker kunne kreve erstatning dersom oppsigelsen ikke hadde ”saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldtes helt utenforliggende grunner” jmf. § 33 punkt. 3a. Det oppsigelsesvernet som med denne lovbestemmelsen ble innført, var betinget av en viss ansiennitet. Arbeidstakere kunne bare gjøre krav på erstatning hvis de hadde minimum tre års sammenhengende tilsetting ved den samme bedriften etter fylte 21 år. Alder og hvor lang ansiennitet man hadde, var altså de rettsvilkår man bedømte saklighetskravet etter i arbeidervernloven av 1936.

I Arbeidervernloven av 1956 ble det lempet⁴⁶ på kravet om tre års opptjeningstid. Det fremgikk av denne loven § 43 punkt 1 at oppsigelse kunne påberopes dersom en arbeidstaker hadde minst to års sammenhengende tilsetting ved en bedrift etter fylte 20 år. Oppsigelsesvernet ble imidlertid endret enda en gang ved av 7. mars 1975 nr. 4. Det ble da fastslått i loven at en arbeidstaker ikke kunne sies opp uten saklig grunn uansett hvor lenge

⁴⁴ Bestemmelsen representerte en ny rettsdannelse, se Ot.prp. nr. 8. 1956 s. 49.

⁴⁵ I denne dommen tok Høyesterett rettslig utgangspunkt i at en arbeidsgiver kunne si opp sine arbeidstakere ”etter eget skjønn og godtykke ” som det het i dommen. Høyesterett fant heller ikke at det var nødvendig å angi ” noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet ”. På s. 471 i dommen uttales det endatil at den avgjørelse som ble truffet ” ikke var underkastet domstolenes kritikk ”.

⁴⁶ Se om dette Fanebust: oppsigelse i arbeidsforhold s. 43.

man hadde vært ansatt i bedriften. Kravet om opptjeningsstid ble altså tatt bort, noe som førte til at saklighetsvurderingen ved oppsigelse ble underkastet en atskillig bredere helhetsvurdering.

I 1977 ble den nåværende arbeidsmiljøloven vedtatt. I Ot. prp. nr. 41 s.14 (1975 – 1976) ble det uttalt at: ”det er stadig klarere at arbeidsvernlovens oppsigelsesvern har visse mangler og ikke kan sies å være tidsmessig. Avstanden kan være stor mellom det vern arbeidstakerne har etter loven og den praksis som vanligvis følges i velorganiserte bedrifter, eller det partene i arbeidslivet anser som rimelig”. Generelt ble det uttalt i forarbeidene at meningen var å styrke den enkelte arbeidstakers vern på bekostning av arbeidsgivers økonomiske interesser.

Ser man rettsutviklingen som helhet fra 1936 til i dag kan man se flere interessante trekk når det gjelder oppsigelsesvernets utvikling. Det fremgikk av forarbeidene til aml⁴⁷ at hva som anses som saklig oppsigelse ikke er statisk. Oppsigelsesvernet må til enhver tid sees i sammenheng med samfunnsutviklingen. Et eksempel på dette er nettopp den utviklingen som har skjedd fra 1935 og frem til i dag når det gjelder kravet til saklig oppsigelse av arbeidsforhold. Frem til 1975 var saklighetsvurderingen ved oppsigelse betinget av minst 2 års ansiennitet i virksomheten. Etter 1975 har saklighetskravet vært underkastet en bred helhetsvurdering uavhengig av hvor lenge man har vært ansatt. Utviklingen har skjedd ved at samfunnet har endret seg på mange måter når det gjelder arbeidslivet. Tidligere var det vanlig at man startet på en arbeidsplass og ble der i hele sin yrkeskarriere. Det var derfor ansett som rimelig at saklighetsvurderingen skulle være betinget av en viss ansiennitet.

De senere år har samfunnets utvikling i stadig større grad vært preget av at mange arbeidstakere bytter jobb opptil flere ganger. Delvis som en følge av denne utviklingen ble det etter hvert nødvendig å gi alle arbeidstakere et oppsigelsesvern i form av krav til saklig grunn uavhengig av ansettelsestid i virksomheten. Dette ble tatt hensyn til ved aml av 1977.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 41 s. 72 (1975 – 1976)

Arbeidsgivers styringsrett har i lys av samfunnsutviklingen blitt innskrenket i stadig større grad når det gjelder hvilke arbeidstakere som saklig kan sies opp etter loven.

5.2 Loven og tariffavtalens ordlyd

Det fremgår av aml § 60 at oppsigelse må være ”saklig begrunnet”. Lovens ordlyd sier imidlertid ingenting om hvilke momenter som må legges til grunn for at oppsigelse skal være ”saklig”. Således gir lovens ordlyd bare en rettslig standard⁴⁸ for vurderingen.

Ansiennitetshensynet har altså ikke noe lovfestet vern. Det kan trekkes den slutning ut fra dette at ansiennitetshensynet således ikke er noe tvungent kriterium for arbeidsgiver å vektlegge i den saklighetsvurderingen som loven oppstiller. Imidlertid har ansiennitetshensynet som vist ovenfor en lang tradisjon, selv om det kun er et moment i helhetsvurderingen som kan tillegges vekt i saklighetsvurderingen etter § 60.

For arbeidstakere og arbeidsgivere som er bundet av Hovedavtalen foreligger et særlig rettsgrunnlag hvis arbeidsgiver skal si opp arbeidstakere som følge av innskrenking. Hovedavtalen § 9 – 12 første ledd fastslår at: ”Ved oppsigelse på grunn av innskrenking/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn”. Her, som i aml § 60, er altså vilkåret for oppsigelse at det må foreligge ”saklig grunn”. Imidlertid er det en viktig forskjell mellom loven og Hovedavtalen. Ordlyden i Hovedavtalen gir uttrykk for at det er ansiennitet som utvelgelseskriterium som er hovedregelen. Ansiennitet kan imidlertid fravikes når det foreligger ”saklig grunn”.

Utgangspunktet etter ordlyden er at når arbeidstakerne i en bedrift står likt med hensyn til de øvrige kvalifikasjoner, så beholdes ansatte med lengst ansiennitet. Også et annet moment ved ordlyden styrker ansiennitetshensynets vekt. Det fremgår at ansiennitet ”kan” fravikes når det foreligger ”saklig grunn”.⁴⁹ Dette gir et spillerom for arbeidsgiver i den forstand at selv om det foreligger andre tungtveiende saklige hensyn, kan man likevel velge

⁴⁸ Se definisjonen av dette begrepet under pkt 1.2.

⁴⁹ Dette er som nevnt under punkt 4.2 ikke helt uproblematisk i forhold til den helhetsvurderingen loven fastsetter.

å legge ansiennitetshensynet til grunn ved utvelgelsen av hvem som skal sies opp. Det må således trekkes den slutning at ordlyden i Hovedavtalen § 9 - 12 taler for at ansiennitet er et mer tungtveiende moment som utvelgelseskriterium ved oppsigelse for parter som er underlagt Hovedavtalen, enn for dem som kun har aml saklighetskrav som rettslig skranke. Hensynet til forutberegnlighet for partene som er bundet av Hovedavtalen, taler også for å kunne trekke denne slutningen. Når Hovedavtalens parter har blitt enige om at § 9 – 12 skal ha en ordlyd der det uttrykkelig fremgår at ansiennitet kun kan fravikes ved saklig grunn, taler dette for at ansiennitetshensynet skal ha større vekt ved oppsigelse for partene som er bundet av denne avtalen.

Det kan spørres om ansiennitetshensynets vekt etter Hovedavtalen § 9- 12 er endret siden ordlyden i bestemmelsen ble endret i 1994. Det het den gang i Hovedavtalen mellom LO og NHO at: ”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkinger/omlegginger skal ansienniteten under ellers like vilkår følges”, ifølge Hovedavtalen § 9 – 9 første ledd. Ordlyden ble altså endret fra ”under ellers like vilkår” til krav om ”saklig grunn” slik bestemmelsen lyder i den nåværende Hovedavtalen av 2002 – 2005. Isolert sett kan det trekkes den slutning fra endringen i ordlyden, at ansiennitetshensynet vekt etter bestemmelsen er blitt styrket etter endringen. Imidlertid foretok NHO en protokolltilførsel på bakgrunn av endringen i ordlyden. Det fremgår således av § 9 – 12 tredje ledd: ”Tekstendringene innebærer ikke endring i gjeldende rettspraksis”. Det NHO vel her mener, er at endringene i ordlyden i praksis er ment å være den samme som før. LO hadde ingen kommentarer til denne protokolltilførselen. Det kan ut fra ordlyden isolert sett hevdes at ansiennitetshensynet er styrket etter endringen. Imidlertid må partenes forutsetninger⁵⁰ også tas med i vurderingen. Etter alminnelige avtalerettslige tolkingsprinsipper må det antas å være slik at hvis partene har en felles oppfatning av avtalens forståelse, så er denne alltid avgjørende uten hensyn til ordlyden.⁵¹ På bakgrunn av partenes forutsetninger kan det trekkes den slutning at selv om

⁵⁰ Hva som ligger i begrepet forutsetning, er ikke entydig. Man pleier imidlertid å reserve begrepet ”forutsetning” for ”de tilfelle hvor en forestilling om et eller annet forhold ikke er uttrykkelig uttalt, men likevel på en eller annen måte har ligget i luften” se Hov: Avtaleslutning og ugyldighet 3 utgave 2002 s. 87.

⁵¹ Se Woxholdt: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolking 2. utgave s. 417.

ordlyden taler for at ansiennitetshensynets vekt er styrket etter alminnelig språklig forståelse, må det formodentlig antas å ha samme betydning som før ordlyden ble endret.

I Hovedavtalen § 9 – 12 heter det også at: ”Hvis bedriften i forbindelse med innskrenkinger i arbeidsstyrken finner grunn til å fravike ansienniteten og de tillitsvalgte er av den oppfatning at dette ikke er saklig begrunnet, kan spørsmålet bringes inn til forhandlinger mellom organisasjonene”.

Hovedavtalen § 9 – 12 annet ledd gir etter sin ordlyd altså ansatte som er bundet av Hovedavtalen ytterligere en mulighet til gjennom sine tillitsvalgte å bestride at et fravik fra ansiennitetsprinsippet er saklig i en prosess der en bedrift er tvunget til å si opp noen av sine arbeidstakere. Imidlertid innebærer dette kun en utsettelse av de omtvistede oppsigelser hvis forhandlingene mellom arbeidstaker og de tillitsvalgte ikke skulle føre frem. Denne retten som ansatte har til å kreve forhandlinger, har imidlertid først og fremst sammenheng med prosessuelle forhold, ikke med ansiennitetshensynets vekt materielt.

5.3 Loven og tariffavtalens formålsbestemmelser

Både loven og tariffavtalens formål kan ha betydning for hvordan bestemmelser skal tolkes. Det kan derfor være relevant å se om formålsbestemmelsene kan si noe om ansiennitetshensynets vekt som kan få betydning for sammenligningen.

Formålsbestemmelsen til aml fremgår av § 1. Det fremgår blant annet av denne bestemmelsen at loven tar sikte på ”å sikre trygge tilsetningsforhold” for den enkelte arbeidstaker jmf aml § 1 nr. 2. Aml formålsparagraf har generell betydning for hvordan loven skal forstås. Den er derfor av betydning for hvordan kravet til ”saklig grunn” ved oppsigelse i § 60 nr. 1 og kravet til individuell saklighet i § 60 nr. 2 skal fortolkes. Det kan imidlertid ikke utledes noen slutning om ansiennitetshensynets vekt etter formålsbestemmelsen i aml § 1. Det kan dog hevdes at selv om formålsbestemmelser er relevante ved tolking av lover, har de ofte karakter av politiske programerklæringer som det kan være vanskelig å legge noe presist juridisk innhold i.

Målsettingsbestemmelsen til Hovedavtalen § 9 – 12 fremgår av § 9 – 1. Det fremgår her blant annet at: ”Gjennom medinnflytelse⁵² og samarbeid skal de ansatte med sin erfaring og innsikt være med å skape de økonomiske forutsetninger for bedriftens fortsatte utvikling, og for trygge og gode arbeidsforhold til beste for så vel bedrift som arbeidstakere” se Hovedavtalen § 9 – 1 andre ledd. Heller ikke her kan man slutte noe spesifikt om ansiennitetshensynets vekt.

5.4 Lovens forarbeider

For å avklare hvilken vekt ansiennitetshensynet har ved oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold etter aml § 60 nr. 2, vil det være relevant å se om det kan trekkes noen slutning om dette fra forarbeidene til aml. Forarbeidene har stor rettskildemessig betydningen ved tolking av lover. Da det ikke kan utledes noe direkte om ansiennitetshensynets vekt etter lovens ordlyd, vil forarbeidene være av betydning i den grad de kan bidra til å avklare hvilken vekt ansiennitetshensynet skal tillegges ved oppsigelse.

Imidlertid er også forarbeidene relativt sparsomme på opplysninger om hvilken vekt ansiennitetshensynet skal tillegges etter aml § 60. Det uttales i Ot.prp. nr. 41 s. 72 (1975 – 1976) at: ”Rettspraksis fram til i dag har i overveiende grad lagt vesentlig vekt på bedriftens interesse i å oppnå en økonomisk gevinst, på bekostning av arbeidstakernes interesse i å beholde arbeidet. Slik bestemmelsen nå er utformet, vil hensynet til arbeidstakeren få større gjennomslagskraft, idet det skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov for eksempel en rasjonaliseringsgevinst og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker. Det må understrekes at det med dette ikke er meningen å rokke ved de ansiennitetsregler som i dag følges i slike tilfeller”.

⁵² Det finnes lovregler om arbeidstakers representasjon som gir alle ansatte medbestemmelsesrett, uavhengig av organisasjonstilknytning. Utgangspunktet for disse reglene fremgår av Grunnloven § 110, 2. ledd. Arbeidsmiljøloven har blant annet regler om uformingen av arbeidsplassen og arbeidstakernes medbestemmelse i dette.

Det er noe uklart hva som ligger i dette utsagnet og hvilken slutning om ansiennitetshensynets vekt som kan trekkes ut her. Imidlertid er det mest nærliggende å tolke det slik at de retningslinjer for hvilken betydning ansiennitetshensynet skal tillegges ved saklighetsvurderingen etter aml § 60, og som tidligere er utviklet i rettspraksis, anses som hensiktsmessige og derfor fremdeles skal legges til grunn. Det er også naturlig å tolke det slik at det heller ikke er meningen å rokke ved eventuelle tariffavtalte bestemmelser om hvilken betydning ansiennitetshensynet har i saklighetsvurderingen. Man ser ikke noe grunn for å endre på disse. Av dette kan det utledes at i utvelgelsesprosessen av hvem som skal sies opp, skal det tas hensyn til særlig lang ansettelsestid når man vurderer om det foreligger saklig grunnlag for oppsigelse for den enkelte arbeidstaker. Dette fremgår blant annet av Rt. 1966 s. 393 og Rt. 1972 s.1330 som det vises til både i Ot. prp. nr 41 (1975 – 1976) og i Ot. prp nr 50 (1993 – 1994). Det følger av dette at det kan utledes av forarbeidene at i de tilfeller hvor en arbeidstaker har lang ansiennitet, så er dette et hensyn som det skal legges stor vekt på både i virksomhetens saksbehandling før utvelgelsesprosessen og i saklighetsvurderingen ved oppsigelse. På bakgrunn av dette kan det hevdes at forarbeidene styrker ansiennitetshensynets vekt ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp etter aml § 60 hvor arbeidstakerne har lang ansettelsestid.

Når det gjelder forarbeidene til avtaler, kan det på generell basis fastslås at forhandlinger som har gått forut for avtalen og tilhørende forarbeider for disse er viktige tolkningsmomenter. Dette gjelder spesielt hvor bestemmelsens ordlyd er uklar.⁵³ Hovedavtalens forarbeider har det imidlertid vist seg at det er vanskelig å få tilgang til. Disse blir derfor ikke behandlet her.

⁵³ Se for eksempel Rt. 1994 s. 471 hvor det ble uttalt: ”De momenter jeg har pekt på, særlig de relevante forarbeidene til bestemmelsen i vedtektenes § 5, leder etter min mening til at bestemmelsen må forstås slik at forkjøpsretten ikke utløses ved overdragelse til andre aksjonærer”.

5.5 Rettspraksis

5.5.1 Rettsavgjørelser avsagt av Høyesterett.

For å sammenligne ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse etter aml § 60 og Hovedavtalen § 9 – 12, vil slutninger som kan trekkes ut fra relevant rettspraksis om dette være tungtveiende i en samlet rettskildemessig vurdering. Rettsavgjørelser fra Høyesterett vil i tråd med alminnelig rettskildelære bli tillagt mest vekt.⁵⁴

En dom som har vært ansett som sentral for ansiennitetshensynets betydning ved oppsigelse er Rt. 1966 s. 393.⁵⁵

I denne dommen var saksforholdet at en 48 år gammel regnskapssjef med 28 års tjenestetid i firmaet ble oppsagt i forbindelse med en bedriftssammenslutning og rasjonalisering av bedriften. Han hadde lengst ansiennitet av de ansatte i bedriften. Han påberopte seg at oppsigelsen ikke hadde saklig grunnlag i bedriftens forhold og krevde erstatning på grunnlag av dette. Høyesteretts flertall kom til at oppsigelsen i lovens forstand ikke var saklig begrunnet i bedriftens forhold. Det var dissens 3 – 2. Flertallets begrunnelse var basert på en helhetsvurdering med vekt på at ansiennitetstiden var lang, mannen var ikke frisk og han hadde i tillegg forsørgelsesbyrde for kone og to barn. Førstevoterende vurderte saksforholdet dithen at de nye eierne på tross av den vanskelige situasjonen mannen befant seg i, ikke hadde forsøkt å finne en annen stilling ved bedriften for mannen. Allerede her oppstilte Høyesterett en konkret plikt for bedriften til å gjøre et aktivt forsøk på dette.⁵⁶ Førstevoterende uttalte på side 39 at: ”I en situasjon som denne må det etter min mening iallefall kreves at bedriften omhyggelig overveiet om skadevirkningene for Høyaas kunne bli redusert ved at han fikk en annen stilling eller andre arbeidsoppgaver i bedriften. Etter de opplysninger som foreligger i saken kan jeg imidlertid ikke se at disse kravene er oppfylt fra bedriftens side”.

⁵⁴ Se nærmere om dette under punkt 1.4.1.4.

⁵⁵ Se også om denne dommen under punkt 5.2 ovenfor.

⁵⁶ I dag fremgår denne plikten av aml § 60 nr.2 1. setning. Dette er et typisk eksempel på Høyesteretts rettskapende virksomhet. Rettspraksis oppstiller en aktivitetsplikt som senere fører til at plikten blir lovfestet.

Den slutningen som kan trekkes ut av denne dommen er at desto lengre en arbeidstakers ansiennitet er, desto mer tungtveiende må de hensyn som tilsier at ansienniteten saklig kan fravikes være. Det kan også trekkes den slutning at når ansettelsestiden har vært særlig lang, og det kan være vanskelig for en arbeidstaker å få nytt arbeid et annet sted, stilles det strenge krav til at bedriften skal ta hensyn til dette i utvelgelsesprosessen. Imidlertid var det ikke bare hensynet til særlig lang ansettelsestid isolert sett som ble vektlagt. I denne dommen var også sosiale og menneskelige hensyn en viktig del av den samlede vurderingen. Flertallets syn var at oppsigelsen under de omstendigheter som forelå, var ”urimelig”. Det kan utledes fra denne dommen at den styrket ansiennitetshensynets vekt for arbeidstakere med lang⁵⁷ ansettelsestid i virksomheten ved vurderingen av om oppsigelsen var saklig. Som nevnt var det dissens 3 - 2 i denne dommen. Dette er et moment som sammen med dommens alder kan begrense dommens vekt noe.

Også Rt. 1972 s. 1330 (Grand hotell dommen) er sentral. Saksforholdet i dommen var at en 45 år gammel bokholder med lang tjenestetid ved et hotell ble oppsagt da personalet måtte redusere som følge av brann. Han krevde å bli gjeninnsatt i sin stilling samt erstatning for usaklig oppsigelse. Han fikk ikke medhold i å bli gjeninnsatt. Flertallet i Høyesterett (det var dissens 3 – 2) kom imidlertid til at mannen hadde krav på erstatning. Annenvoterende uttalte på s. 1334 at: ”Jeg legger særlig vekt på to forhold. Det ene er at Pettersen på grunn av lang tjeneste og kvalifikasjoner stod i en stilling som påla bedriften å ta særlig hensyn til han. Det annet er at brannen bare ville føre til en midlertidig driftsinnskrenking”. I likhet med dommen i Rt. 1966 s. 393, bygger dommen også her på en rettssetning om at når en arbeidstaker har lang ansiennitet skal det momentet veie tungt i utvelgelsesprosessen. Også i denne dommen var det dissens, noen som kan begrense dommens vekt noe.

Det kan settes spørsmålstegn om i hvilken grad disse dommene fra 1966 og 1972 gir uttrykk for gjeldende rett i dag etter aml § 60. Arbeidervernloven av 1956 § 43 var den

⁵⁷ Det fremgår imidlertid ikke hvor lang ansettelsestid som kreves for at ansiennitetshensynets vekt kan anses som styrket.

aktuelle bestemmelsen da begge disse dommene ble avsagt. Arbeidslivet har også endret seg mye de siste tretti årene. Flere momenter tilsier likevel at dommene fremdeles er aktuelle. Forarbeidene til aml av 1977 viser til disse dommene, noe som tilsier at dommenes rettssetninger og vurderinger ble ansett som et uttrykk for gjeldende rett også etter aml av 1977. Det vises også til disse dommene i Ot. prp nr. 50 (1993 – 1994) som gjaldt endringer i aml. Forarbeidene til den nye aml som skal trå i kraft fra 01.01.06, gir uttrykk for at rettstilstanden når det gjelder saklighetsvurderingen ved oppsigelse etter § 60 skal videreføres. Dette taler for at dommene fremdeles er aktuelle.

I tillegg er den avveiningen av momenter som dommen vektlegger også lagt til grunn i nyere rettspraksis. I Rt. 1986 s. 879⁵⁸ ble det klargjort at ved utvelgelsesprosessen ved oppsigelse etter § 60, kan arbeidsgiver vektlegge både lang ansiennitet samt menneskelige og sosiale hensyn. Altså var det ved saklighetsvurderingen etter aml § 60, fremdeles relevant å vektlegge de hensyn som Rt. 1966 s. 393 la til grunn. I en underrettsavgjørelse avsagt av Frostating lagmannsrett den 07.11.02⁵⁹ ble det også bygd på en rettssetning at en oppsigelse ble ansett som usaklig basert på menneskelige hensyn og ansiennitet. Underrettsavgjørelser har riktignok ikke så stor rettskildemessig vekt. Det viser likevel at hensynet til lang ansiennitet skal vektlegges i saklighetsvurderingen ved oppsigelse også i dag. Det er også vist til dommene av Rt. 1966 s. 393 og Rt 1972 s. 1330 i nyere juridisk litteratur.⁶⁰ Dette er enda et moment som taler for at dommene fremdeles er aktuelle når det gjelder ansiennitetshensynets betydning etter gjeldende rett. Etter en helhetsvurdering kan det trekkes den rettsetning ut av dommene at de styrket ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse hvor det var tale om lang ansettelsestid. Momentene som vist til ovenfor, tyder på at denne rettsetningen fremdeles er å anse som gjeldende rett.

En meget sentral dom knyttet opp til oppgavens tema, er Rt. 1986 s. 879, Hilleslanddommen. Dommen sier noe om ansiennitetshensynets vekt i utvelgelsesprosessen

⁵⁸ Dommen er behandlet nedenfor.

⁵⁹ Dommen er behandlet nedenfor.

⁶⁰ Se Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten 3.utgave s. 373.

både relatert til aml § 60 og til Hovedavtalen dagjeldende ansiennitetsbestemmelse ved oppsigelse § 9 – 9. Saken gjaldt oppsigelse av seks arbeidstakere. Fire av dem var deltidsansatte kvinner. Ansiennitetsprinsippet var fraveket. Uenigheten mellom partene gjaldt om det var adgang til å fravike ansiennitetskriteriet samt hvilke hensyn en bedrift kan vektlegge i en utvelgelsesprosess for at oppsigelsen er å anse som saklig etter aml § 60. Dommen omhandler direkte betydningen av ansiennitet i forhold til avveiningen i aml § 60, nr 2, 1. ledd. Høyesterett foretok i denne saken en tolking av innholdet i plikten til å avveie arbeidstakerens ”individuelle ulempe” opp mot ”bedriftens behov”. I henhold til saklighetsvurderingen som skal foretas etter aml § 60 nr. 2, kan det indirekte trekkes den slutning at det kreves lang ansiennitet for at dette skal være et tungtveiende hensyn etter aml § 60. Kvinnene hadde vært ansatt siden 1975 og måtte fratru sine stillinger i 1983, altså etter 8 år. Bedriften hadde valgt å beholde arbeidstakere med noen års mindre ansiennitet. Høyesterett uttalte i den forbindelse på s. 886 at: ”Jeg peker her først på at ingen av de arbeidstakere som denne sak gjelder har vært ansatt særlig lenge ved bedriften, og at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem”.

Det kan trekkes den slutning at Høyesterett her avviser at saken i hovedsak dreier seg om ansiennitet som kriterium for utvelgelsen av hvem som saklig kan sies opp. Også et annet utsagn underbygger denne tolkningen av dommen. Høyesterett uttaler at: ”Det er ikke nødvendig for den foreliggende sak generelt å ta standpunkt til den rettslige betydningen av ansettelsestiden ved bedriften”. Disse utsagnene kan samlet sett begrense avgjørelsens betydning for å fastslå ansiennitetshensynets vekt etter aml § 60.

Imidlertid har dommen enkelte utsagn som kan tyde på at Høyesterett hadde til hensikt å svekke ansiennitetshensynets vekt i saklighetsvurderingen. Det uttales på s. 886 at: ”Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov. Jeg mener også at man ikke her kan stille krav om at det bare er ”nøkkelpersoner” – i den forstand at de er helt nødvendige for fortsatt drift – som kan beholdes etter en slik vurdering”. Det har vært antatt i juridisk

litteratur at blant annet dette utsagnet svekket ansiennitetshensynets betydning i utvelgelsesprosessen ved oppsigelse i forhold til tidligere rettspraksis.⁶¹

Dommen tar imidlertid ikke stilling til ansiennitetshensynets vekt hvor ansettelsestiden har vært særlig lang. Den rettssetningen som blant annet Rt. 1966 s. 393 bygde på, var nettopp at ansiennitetshensynet skulle tillegges stor betydning hvis det var tale om særlig lang ansettelsestid. Således kan det ikke direkte trekkes den slutning at ansiennitetshensynets vekt er svekket etter aml § 60 hvor dette er tilfellet. Det kan imidlertid vurderes om Høyesterett avviste at saken dreide seg om ansiennitet fordi retten ikke ønsket å ta standpunkt til hvor lang ansettelsestiden må være for å utgjøre et utslagsgivende kriterium.

De oppsagte arbeidstakernes ansiennitet var 8 år, altså relativt lang, men ikke særlig lang slik tilfellet var i Rt. 1966 s. 393 og 1972 s. 1330. Imidlertid må det kunne legges til grunn at ansiennitetshensynet er mer tungveiende i utvelgelsesprosessen hvor ansettelsestiden er relativt lang enn i et ansettelsesforhold som bare har vart noen måneder.

Det kan direkte utledes av Høyesteretts uttalelse at også forskjellen i ansettelsestid mellom ansatte har stor betydning for hvilken vekt ansiennitetshensynet har i saklighetsvurderingen etter aml § 60.⁶²

Spørsmålet blir så om hvilken betydning Hilleslanddommen har på hvordan ansiennitetshensynet skal vektlegges etter Hovedavtalen § 9 – 12. Partene i den konkrete oppsigelsestvisten var ikke bundet av Hovedavtalen. Likevel kom Høyesterett med følgende uttalelse: ”Selv om jeg må gå ut i fra at en ansiennitetsprinsipp i vid utstrekning følges ved driftsinnskrenkinger, er det på det rene at også andre hensyn teller med. Hovedavtalen mellom LO og NAF går således ikke lenger enn til å slå fast: ”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkinger/omlegginger skal ansienniteten, under ellers like

⁶¹ Se blant annet Johansen: Inngåelse og avslutning arbeidsforhold 2.utgave s. 180.

⁶² Se også Rt. 1999 s. 989.

vilkår følges”, § 9 - 9 første ledd Hovedavtalen 1986 – 1989. Bestemmelsen kom inn i Hovedavtalen første gang i 1982”.

Det kan trekkes en slutning fra dette. Selv om Hovedavtalen ikke var bindende mellom partene i saken, fant Høyesterett det nødvendig å påpeke at også arbeidsgivere som er bundet av Hovedavtalen som tariffavtale skal kunne vektlegge andre hensyn i utvelgelsesprosessen enn ansiennitet.⁶³ Dette synspunktet kan tale for at Høyesterett ønsket å sende et signal om at vurderingen av ansiennitetshensynet i saklighetsvurderingen ved oppsigelse i realiteten ikke er nevneverdig ulik etter aml § 60 og Hovedavtalen § 9 – 12. Imidlertid kan også utsagnet tolkes på en annen måte. Det kan også være at Høyesterett med dette utsagnet ønsket å påpeke at også arbeidsgivere som er bundet av Hovedavtalen mellom LO og NHO saklig kan fravike ansiennitetsregelen i § 9 – 12 hvis de hensyn som Hillesland dommen bygger på ligger til grunn for avgjørelsen. Imidlertid kan det også hevdes at den obiter dicta⁶⁴ uttalelsen som Høyesterett kom med, ikke er like tungtveiende som de andre premissene i dommen. I juridisk metodelære er det uenighet om slike uttalelser er like rettskildemessig tungtveiende som de andre rettssetningene dommen bygger på. Imidlertid må det vel kunne legges til grunn at det er bare unntaksvis Høyesterett sier noe uten at det har en hensikt. Etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kan ikke dommen sies å svekke ansiennitetshensynets vekt etter Hovedavtalen § 9 – 12, i alle fall ikke hvor det er tale om lang ansiennitet.

Høyesteretts avveining av momenter som ligger til grunn for saklighetsvurderingen er også lagt til grunn i senere dommer. I Rt. 1999 s. 989 gjaldt saksforholdet både en virksomhetsoverdragelse og gyldigheten av en oppsigelse. Når det gjaldt oppsigelsen ble den ansett som saklig. Høyesterett la blant annet vekt på at sosiale forhold tilsa at en annen ikke burde fortrenkes samt at tillitsvalgte motsatte seg at andre fast ansatte skulle fortrenkes. Det ble her i forbindelse med ansiennitetsvurderingen uttalt at : ”I tillegg legger

⁶³ Dette synspunktet er også forfektet i juridisk teori, se nærmere om dette i Johansen: Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold 2. utgave s 182.

⁶⁴ Obiter dicta uttalelser i Høyesterett er ansett som premisser som ikke er nødvendig for å begrunne resultatet i avgjørelsen.

jeg vekt på at forskjellen i ansienniteten var beskjedent”. Det kan utledes fra dette at rettssetningen fra Hilleslanddommen om at forskjellen i ansettelsestid mellom arbeidstakere må være betydelig, ble lagt til grunn. Imidlertid må det som nevnt ovenfor, kunne hevdes at ansettelsestiden er et mer tungtveiende kriterium hvor forskjellen i ansettelsestid er på flere år enn hvor den bare er noen måneder.

5.5.2 Arbeidsrettsavgjørelse

I en avgjørelse avsagt av Arbeidsretten inntatt i NAD 1981-83 s. 6, gjaldt ikke Hovedavtalens bestemmelser. Det er imidlertid lagt til grunn i juridisk teori at avgjørelsen trolig er relevant også på Hovedavtalens område.⁶⁵ Her var saksforholdet at en 48 år gammel ufaglært kontorassistent ble oppsagt. Hun hadde 5 års ansettelsestid i bedriften og 3 års lengre ansiennitet enn den arbeidstakeren hun sammenlignet seg med. Retten fant at oppsigelsen ikke var usaklig. Saksøkers ansiennitet og forskjellen i tjenestetid var momenter som ble vektlagt, men ikke ansett som tungtveiende nok i saklighetsvurderingen. Retten påpekte blant annet at saksøkerens ansettelsestid ikke var så lang at det var naturlig å legge avgjørende vekt på den. For så vidt kan denne avgjørelsen tyde på at også ved tariffavtalte ansiennitetsbestemmelser må ansettelsestiden ha vært lang for å bli tillagt avgjørende vekt. Særlig gjelder dette hvor andre tungtveiende momenter gjør seg gjeldende. I denne saken ble det lagt avgjørende vekt på at den andre arbeidstakeren var 57 år og at en oppsigelse kunne føre til at det ble mer vanskelig for denne arbeidstakeren å få seg nytt arbeid enn for saksøker.

5.5.3 Underrettsavgjørelser

Illustrerende for ansiennitetshensynets betydning etter den daværende Hovedavtalen § 9 – 9, var Frostating lagmannsrettsdom inntatt RG 1990 s. 1098. Saken gjaldt hvem av arbeiderne som skulle sies opp av produksjonsarbeiderne på en betongelementfabrikk. Bedriften var bundet av Hovedavtalens bestemmelser. Lagmannsretten tok her utgangspunkt

⁶⁵ Se Storeng [et alt]: Arbeidslivets spilleregler II s.142.

i at når de ansatte står likt med hensyn til de øvrige kvalifikasjoner, har bedriften en plikt til å legge ansienniteten til grunn for utvelgelsen. De ansatte med lengst ansiennitet skal gå foran. Dette gjaldt selv om forskjellen i ansettelsestid mellom arbeidstakerne var ubetydelig. Denne dommen viser at ansiennitetshensynets vekt etter Hovedavtalen § 9 – 12 styrkes når arbeidstakerne i det vesentlige står likt med hensyn til andre kvalifikasjoner. For så vidt kan det også trekkes en slutning om at ansiennitetshensynets vekt er større på områder hvor arbeidstakernes kompetanse i stor grad er den samme, enn hvor arbeidstakernes oppgaver er mer ulike. Dette synspunktet samsvarer også med hensynene bak reglene.

En underrettsdom som er av interesse for ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse etter aml § 60 og en ansiennitetsbestemmelse med likelydende ordlyd som den tidligere Hovedavtalen § 9 – 9, ble avsagt av Gulating lagmannsrett 2001-01-29.⁶⁶ Bedriften fikk ikke medhold i at det her forelå grunnlag for å fravike ansiennitetskriteriet ved utvelgelsen. Det var imidlertid dissens da to meddommere kom til at oppsigelsene stod seg fordi arbeidstaker var tilbudt annet arbeid i bedriften. Dommen ble påanket til Høyesterett, men anken ble nektet fremmet.⁶⁷ Kjæremålsutvalget begrunnet dette med at ”verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold gir grunn til at anken blir prøvd av Høyesterett”.⁶⁸ Dette utsagnet indikerer at dommen kan tillegges noe større betydning enn underrettspraksis som ikke er påanket. Saksforholdet her var at en datakonsulent i et selskap ble oppsagt som ledd i en generell nedbemanning begrunnet i rasjonaliseringstiltak i bedriften. Det var ikke bestridt at bedriften hadde saklig grunn til å si opp flere ansatte. Spørsmålet var om bedriftens valg av hvilke arbeidstakere som måtte gå var tilstrekkelig saklig begrunnet. Arbeidstakeren som ble sagt opp hadde ansiennitet i bedriften fra 1985. En ansatt med tilsvarende utdanning som den oppsagte, men med ansiennitet fra 1998 fikk fortsette i stillingen.

⁶⁶ LG – 2000 - 207.

⁶⁷ HR - 2001- 00460.

⁶⁸ Rettsgrunnlaget for å nekte anken fremmet på dette grunnlaget var den daværende tvistemålslov § 373. 4 ledd.

Om ansiennitetsbestemmelsen som gjaldt mellom tvistens parter uttalte lagmannsretten: ”Lagmannsretten bemerker at det ikke er tvilsomt at formuleringen som er sitert innebærer en rettslig plikt for bedriften til å følge ansiennitet under ellers like vilkår. Retningslinjene innebærer ikke en ubetinget plikt for bedriften til å følge ansiennitetsprinsippet, men spørsmål om prinsippet er etterlevet vil inngå som en del av saklighetsvurderingen etter aml § 60”. Dette utsagnet kan tolkes slik at lagmannsretten bygger på en rettssetning om at ansiennitetshensynets betydning etter den tariffavtalte bestemmelsen ikke innebar noe reelt avvik fra ansiennitetshensynets betydning i saklighetsvurderingen etter aml § 60.

Senere i dommen ble det vist til Rt.1986 s. 879 og det ble uttalt i den forbindelse at ”ansiennitetsprinsippet kan fravikes etter en konkret vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov”. Imidlertid var saksforholdet her annerledes enn i Hillesland dommen. Det var her var en betydelig forskjell i ansettelsestid mellom partene. Denne forskjellen var på 13 år. Således bygde lagmannsretten da på den rettssetning at når kvalifikasjonene mellom de to arbeidstakerne også ellers var like, ble forskjellen i ansettelsestid det avgjørende kriterium.

En uttalelse i en underrettsdom som kan indikere at retten bygde på den forutsetning at ansiennitetshensynet har større betydning etter Hovedavtalen § 9 – 12 enn etter aml § 60, var Gulating lagmannsrett dom av 21.06.96.⁶⁹ Saksforholdet var her at tre båtselgere ble oppsagt. To av dem gikk til sak med påstand om at oppsigelsen skulle bli kjent ugyldig. Den ene av dem fikk medhold da retten fant at det forelå saksbehandlingsfeil.⁷⁰ Flere forhold tydet på at det ikke var foretatt en slik bred avveining som aml § 60 forutsetter. I denne saken gjaldt ikke Hovedavtalen mellom partene. De ankende parter anførte imidlertid for retten at: ”Ansiennitetsprinsippet i Hovedavtalen § 9 – 12 bør veie tungt også der hvor avtalen ikke direkte gjelder”. Lagmannsretten uttalte imidlertid følgende om dette:

⁶⁹ LG-1995-1447.

⁷⁰ Også denne dommen ble påanket til Høyesterett. Anken ble imidlertid også her nektet fremmet i medhold av den daværende tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 2 og 4.

”Også ansiennitet bør tas med i betraktning, men hvor arbeidsgiver, som i vårt tilfelle, ikke er underlagt Hovedavtalen, jmf. § 9 – 12, har ikke dette avgjørende vekt”. Dette utsagnet kan tyde på at retten legger til grunn at ansiennitetshensynet har større betydning i utvelgelsesprosessen hvor arbeidsgiver er bundet av Hovedavtalens regler.

En nyere underrettsdom indikerer en fortolkning av aml § 60 og Hovedavtalen § 9 - 12 som går i samme retning som den forrige dommen. Det er Frostatings lagmannsrettsdom av 07.11.2002.⁷¹ Saksforholdet var at en 52 år gammel produksjonsarbeider med 21 års ansiennitet ble oppsagt begrunnet i virksomhetens forhold jmf. aml § 60 nr. 1 og 2. Her gjaldt Hovedavtalens bestemmelser. Lagmannsretten fant oppsigelsen ugyldig. Retten uttaler i den forbindelse at: ”For at en oppsigelse skal godtas som gyldig, må retten kunne føle seg rimelig trygg på at den er saklig begrunnet i forhold til bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 60 nr.1 og 2, herunder en avveining av mellom bedriftens behov og de ulemper en oppsigelse påfører den enkelte arbeidstaker”. Dertil kommer at det gjennom bedriftens og den oppsagte organisasjonsmessige forhold er klart at bestemmelsene i Hovedavtalen LO/NHO 1998 -2001 § 9 - 12 om ansiennitet ved oppsigelse på grunn av innskrenkninger, inngår som en del av den personlige arbeidsavtale. Etter § 9 - 12 var bedriften forpliktet til å følge ansiennitet med mindre ”det foreligger saklig grunn” til å fravike den”.

Det kan trekkes en rettssetning ut fra dette utsagnet. Det kan virke som lagmannsretten legger til grunn at ansiennitetshensynet vekt styrkes når Hovedavtalen § 9 – 12 kommer til anvendelse på forholdet. Dette kan isolert sett tale for at retten legger til grunn at ansiennitetshensynet skal tillegges større vekt i saklighetsvurderingen ved oppsigelse etter Hovedavtalen § 9 – 12 enn etter aml § 60. Imidlertid er det klart at underrettsdommer er av begrenset rettskildemessig vekt i forhold til en avgjørelse avsagt av Høyesterett eller Arbeidsretten. En underrettsavgjørelse skaper ikke bindende rettssetninger på samme måte som dommer som er avsagt av de høyere domstoler.

⁷¹ Denne dommen ble ikke påanket til Høyesterett.

Retten fant at det ikke forelå saklig grunn for å fravike ansiennitetsregelen i § 9 – 12. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse at: ”Med Bergs meget lange ansiennitet er det klart at det skulle mye til for at han i den foreliggende situasjon ikke skulle få beholde sin stilling. Lagmannsretten kan ikke se at det i denne sak foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner”. Dette utsagnet tyder på at retten tillegger mannens lange ansiennitet betydelig vekt i helhetsvurderingen.

5.6 Internasjonale rettskildefaktorer

Som nevnt er det vist til ILO rekommandasjon nr. 119 (nå avløst av ILO rekommandasjon nr. 166) i forarbeidene til aml.⁷² Det vil således være relevant å ta hensyn til den ved tolkingen av bestemmelser om oppsigelse i arbeidsmiljøloven. I artikkel 23 fremgår det hvilke kriterier det skal tas hensyn til ved oppsigelse av arbeidstakere som en følge av driftsinnskrenking. Hensynet til ansiennitet er uttrykkelig nevnt. Det skal også ifølge artikkel 23 tas hensyn til alder og forsørgelsesbyrde.

Det kan trekkes den slutning av dette at harmoniseringshensyn tilsier at ved oppsigelse skal det tas hensyn til ansiennitet. ILO rekommandasjoner som denne er det mange land som har sluttet seg til. Internasjonale rekommandasjoner er ikke som traktater folkerettslig bindende. Imidlertid kan rekommandasjonen som mange land er tilsluttet på lang sikt kunne føre til at det internasjonalt etter hvert blir en ensartet praksis vedrørende oppsigelsesvern. Imidlertid er det klart at norske regler er i samsvar med dette kriteriet og således er i tråd med ILO rekommandasjon nr.166.

⁷² Se punkt 1.4.1.8 ovenfor.

5.7 Utenlandsk rett

5.7.1 Svensk rett

I svensk rett er det Lag om anställningsskydd⁷³ av 1982⁷⁴ som har rettsregler om oppsigelse. Det fremgår av § 22 i denne loven at man ved oppsigelser må følge en turordning.⁷⁵ Hvem skal sies opp, avhenger av hvem som har lengst ansettelsestid på arbeidsplassen. Arbeidsgiver kan imidlertid velge ut to såkalte nøkkelpersoner som kan unntas fra denne regelen. Etter svensk rett tillegges ansiennitetshensynet således stor vekt. Sammenlignet med norsk rett er altså ansiennitetshensynet lovfestet i Sverige og har større rettskildemessig vekt. Imidlertid tilsier harmoniseringshensyn at den svenske lovfestede ansiennitetsreglen kan bidra til å styrke ansiennitetshensynets vekt også etter aml § 60 siden det er vist til denne loven i forarbeidene. Loven var også sentral som forbilde ved utarbeidelsen av aml av 1977.

Også i svensk rett er tariffavtalen⁷⁶ en viktig rettskildefaktor på arbeidsrettens område. Imidlertid er jo som nevnt ansiennitetshensynet lovfestet i svensk rett, så det kan konkluderes med at det har større rettskildemessig betydning der.

5.7.2 Dansk rett

I dansk rett er systemet litt annerledes enn i Norge og Sverige. Arbeidslovgivningen i Danmark er ikke undergitt noen allmenn kodifisering av lovgivning i en bestemt lov.

⁷³ Det er vist til denne loven i forarbeidene til arbeidsmiljøloven se punkt 1.2.7.

⁷⁴ Lag om anställningsskydd er inne i en endringsprosess. Etter oppdrag fra den svenske regjering la Arbetslivsinstitutet i 2003 frem sin innstilling Hållfast arbetsliv. I innstillingen gjennomgås den arbeidsrettslige lovgivningen med sikte på endringer i bl.a. reglene om midlertidig ansettelse. Etter det jeg kjenner til, er det ikke foreslått noen endringer når det gjelder ansiennitetsbestemmelsen ved oppsigelse. Se NOU 2004: 5 s. 45.

⁷⁵ Se NOU 2004:5 s. 45

⁷⁶ Reguleringsmåten innenfor arbeidsretten er prinsipielt den samme i de nordiske landene. Lovgivning og tariffavtaler er de viktigste reguleringsformene. De nordiske landene har også i stor grad den samme lovgivningsmetoden ved at det utarbeides grundige og utfyllende forarbeider som tillegges stor vekt ved tolking av lover. Dette betegnes ofte som "den nordiske modellen" se NOU 2004:5 s. 44.

Bestemmelser om ansettelse og oppsigelse er i Danmark enten nedfelt i de lover som gjelder for grupper av ulike typer arbeidstakere, i kollektive tariffavtaler eller i arbeidstakernes individuelle arbeidsavtaler. Det finnes imidlertid mange steder regler⁷⁷ som verner mot usaklig oppsigelse. Dette er nedfelt blant annet i funktionærloven § 2 b. Funktionærloven⁷⁸ er den loven i Danmark som omfatter flest arbeidstakergrupper blant annet yrkesgruppene handel og kontor. Av forarbeidene til funktionærloven synes det ellers å gå fram at det materielle innhold av oppsigelsesvernet ikke skiller seg vesentlig fra de norske reglene om oppsigelsesvern.⁷⁹ Ansiennitet er et relevant kriterium å vektlegge ved oppsigelse også i Danmark. Følgen av at en oppsigelse anses som urimelig, er at arbeidstakeren får utmålt erstatning blant annet på grunnlag av den ansiennitet arbeidstakeren har i virksomheten. Dette fremgår også av funktionærloven § 2 b. De kollektive overenskomster spiller en vesentlig rolle for det danske arbeidsmarkedet. Tariffavtaler på fag og bransjenivå utgjør det viktigste rettsgrunnlaget for et stort antall arbeidstakere i Danmark. Imidlertid er det slik at en kollektiv overenskomst etter dansk rett ikke er undergitt formkrav. En tariffavtale behøver altså ikke å være skriftelig.

5.7.3 Finsk rett

I finsk rett er arbeidsrettsystemet⁸⁰ i stor grad lovregulert. Lovgivningen på arbeidsrettens område er forholdsvis detaljert. Arbeidsavtaleloven er den mest sentrale loven i Finland. Denne loven gjelder for de individuelle arbeidsavtaler og har blant annet regler om oppsigelse. Tariffavtale spiller i likhet med de andre nordiske land en viktig rolle som rettskildefaktor også i Finland. Deler av arbeidsavtaleloven viker for tariffavtale inngått av landsomfattende arbeidstaker og arbeidsgiverorganisasjoner. Ordningen med allment bindende tariffavtaler er det kun Finland som har av de nordiske land. Denne ordningen er stadig gjenstand for debatt. Ansiennitetshensynet er derimot ikke lovfestet i finsk rett. Det

⁷⁷ Se Evju: Arbetsrätten i Norden s. 51.

⁷⁸ Se NOU 2004:5 s 44.

⁷⁹ Se Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold 3 utgave s 45.

⁸⁰ Se NOU 2004: 5 s. 46.

finnes imidlertid også der tariffavtalte bestemmelser om ansiennitet for eksempel i Centralorganisationernas uppsägningsskyddavtal.

5.8 Konklusjon

Etter en gjennomgang av de ulike rettskildene ovenfor, kan det fastslås at ansiennitet er et viktig moment i utvelgelsesprosessen ved oppsigelse både etter aml § 60 og Hovedavtalen § 9 – 12. Dette gjelder etter begge bestemmelser hvor ansettelsestiden er lang, og hvor det er betydelig forskjell i tjenestetid mellom arbeidstakerne. Etter en sammenligning av bestemmelsene, taler imidlertid Hovedavtalens ordlyd for at ansiennitetshensynet er et mer tungtveiende moment ved oppsigelse når Hovedavtalen § 9 – 12 gjelder mellom partene. Argumentasjonen i noen underrettsdommer av nyere dato trekker også i samme retning. Også i forhold til Hovedavtalen § 9 – 12 vil andre momenter enn ansiennitet lettere være utslagsgivende desto kortere ansiennitetsforskjellen mellom arbeidstakerne er. Imidlertid taler mye for at også i tilfeller hvor forskjellen i ansettelsestid ikke er lang mellom arbeidstakerne, vil ansiennitetshensynet likevel kunne bli tillagt avgjørende vekt når Hovedavtalen gjelder. Dette spørsmålet er imidlertid ikke avklart av Høyesterett. Således er rettstilstanden for denne problemstillingen ikke endelig avklart.

5.9 Kan man se helt bort fra ansiennitet som utvelgelseskriterium ved oppsigelse?

Det må også tas stilling til om man i saklighetsvurderingen ved oppsigelse etter aml § 60 og Hovedavtalens § 9 – 12 kan se helt bort fra ansiennitet som et moment i utvelgelsesprosessen. Også her kan forholdet mellom lov og tariffavtale komme på spissen.

Når det gjelder aml § 60 er som nevnt⁸¹ ikke ansiennitet som utvelgelsesmoment lovfestet. Rettspraksis⁸² har imidlertid slått fast i flere dommer at det skal tas hensyn til særlig lang

⁸¹ Se punkt 5.1 ovenfor.

⁸² Se punkt 5.5 ovenfor.

ansiennitet. Det er noe uklart hvor lang ansettelsestiden må være for at den skal være et tungtveiende kriterium. Rettspraksis som er behandlet ovenfor viser at ansiennitet på over 20 år er å anse som tungtveiende. Høyesterett fant f. eks i Rt. 1986 s. 879⁸³ at en arbeidstaker som hadde åtte års ansiennitet ikke hadde ”arbeidet særlig lenge ved bedriften” og en forskjell i ansettelsestid på 4 år som ikke utslagsgivende. Det er lagt til grunn i juridisk teori⁸⁴ at ansettelsestiden først blir ansett som tungtveiende når ansienniteten er på 10 – 15 år. Fra dette kan det trekkes den slutning at det vil være lovstridig å se helt bort fra lang ansiennitet ved saklighetsvurderingen etter aml § 60.

Det kan imidlertid settes spørsmålsteget ved om man kan se helt bort fra ansiennitet som kriterium i saklighetsvurderingen etter aml § 60 hvor ansettelsestiden er kort og forskjellen i ansettelsestid er beskjeden. Som utgangspunkt taler ordlyden i aml § 60 for at det skal foretas en bred avveining av momenter. Dette taler for at man heller ikke kan se helt bort fra ansiennitet som kriterium selv om ansettelsestiden har vært kort. Ser man imidlertid på hensynene bak reglene, tilsier disse at vurderingen bør avhenge av hvilken bransje utvelgelsesprosessen ved oppsigelse skjer i. Hvis man står ovenfor en utvelgelse av arbeidstakere som jobber på samlebånd og de øvrige kvalifikasjonene blant arbeidstakerne ikke har noen betydning for arbeidet som gjøres, taler hensynet til ansiennitet som objektivt og enkelt å måle at ansiennitet bør legges til grunn. Dette gjelder selv om ansettelsestiden ikke har vært lang. Det kan således trekkes den slutning at man ikke kan se bort fra ansiennitet i saklighetsvurderingen etter aml § 60 selv om ansettelsestiden har vært kort. Tvert imot taler hensynene bak reglene for å legge ansiennitetshensyn stor vekt i slike tilfeller.

Hvis derimot utvelgelsen på den annen side skjer i en bransje der arbeidsoppgavene er differansierte og arbeidstakernes kvalifikasjoner ulike, taler hensynene bak reglene for en annen løsning. Her taler blant annet hensynet til at bedriftens behov for å beholde personer med ulike kvalifikasjoner på grunn av ulike arbeidsoppgaver for at arbeidsgiveren kan se

⁸³ Se punkt 5.5 ovenfor.

⁸⁴ Se Jakhell: Arbeidsrettslige studier bind II s. 745.

helt bort fra ansiennitetshensynet i saklighetsvurderingen etter aml § 60. Dette gjelder hvor ansettelsestiden er kort og det ikke foreligger noen betydelig forskjell i ansettelsestid mellom arbeidstakerne.

Det må så tas stilling om ansiennitet som utvelgelseskriterium kan fravikes helt i de tilfeller arbeidsgiver er bundet av Hovedavtalen regler. Utgangspunktet må tas i ordlyden til Hovedavtalen § 9 – 12. Ordlyden sier at ansiennitet kan fravikes når det foreligger ”saklig grunn”. En arbeidsgiver kan altså fravike ansiennitet som utvelgelseskriterium etter en naturlig språklig fortolkning av ordlyden. Det kan spørres om det er i tråd med loven saklighetskrav å kunne avtale at man helt skal se bort fra ansiennitet i helhetsvurderingen. Imidlertid er det ikke gitt at man likevel kan se helt bort fra det. Mye kan tale for at en arbeidsgiver som er bundet av Hovedavtalen ikke kan se helt bort fra ansiennitet som kriterium ved utvelgelsen. Hensynet til at partene har kommet til enighet om at ansiennitet skal være utgangspunktet taler mot at man kan se helt bort fra det. Dette innebærer at ansiennitetshensynet samlet sett etter Hovedavtalen § 9 – 12 vanskelig kan tilsesettes helt i vurderingen. En sontring kan imidlertid også gjøres her i forhold til ansettelsestiden lengde. Også i forhold til Hovedavtalen vil andre hensyn enn ansiennitet lettere bli utslagsgivende hvis ansettelsestiden er kort.

6 Ansiennitetshensynet betydning etter den nye arbeidsmiljøloven

Det må avslutningsvis tas stilling til om den nye arbeidsmiljølovens bestemmelse § 15 – 7 som erstatter aml § 60 medfører noen endringer i rettstilstanden for ansiennitetshensynets vekt ved oppsigelse etter problemstillingen i fremstillingen her. Den nye loven skal etter planen tre i kraft den 01.01.06. Imidlertid fremgår det både av NOU 2004: 5 og Ot. prp. nr 49 (2004 – 2005) at § 15 - 7 kun tar sikte på å videreføre gjeldende regler i den någjeldende aml § 60. Det heter i NOU: 2004: 5 s. 29 at: ”Utvalget foreslår at reglene om kravene til saklig grunn for oppsigelse videreføres”. Det fremgår videre av Ot. prp. nr 49 s 229 at: ”Departementet foreslår at prinsippet om at det kreves saklig grunn for oppsigelse videreføres”. Dette utsagnet innebærer at det er bred enighet om den nye bestemmelsen ikke innebærer noen endring i gjeldende rett. For problemstillingen i fremstillingen her innebærer det at rettstilstanden for ansiennitetshensynets vekt således blir den samme etter § 15 - 7 som etter aml § 60. Det kan dermed henvises til drøftelsen i kapittel 5 ovenfor for redegjørelse av gjeldende rett på området tilknyttet oppgavens problemstilling.

7 Litteraturliste

Bøker med opptil 5 forfattere:

- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære* 5. utg. Oslo 2001.
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold* Oslo 1995
- Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen - utvalgte emner* Oslo 1999
- Fougner, Jan, Holo, Lars og Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave* 8.utg Oslo 2003
- Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet kontraktsrett I* 3. utgave Oslo 2002
- Hov, Jo. *Rettergang I* Oslo 1999.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten* 3.utg. 2004
- Jakhelln, Henning. *Arbeidsrettslige studier Bind II* Oslo 2000
- Johansen, Thor Erik. *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold* 2. utg. Kristiansand 1999
- Pettersen, Børre. *Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø* 12. reviderte utgave Oslo 2003
- Mork, Per Helge. *Hovedavtalen LO – NHO kommentarer og veiledning* Oslo 2003
- Sigeman, Tore, Backman, Arnmundur, Evju, Stein, Hasselbalch, Ole, Suvitanta, Annti. *Arbetsrätten i Norden* Stockholm 1990
- Storeng, Nils, Beck Tom H og Lund, Arve Due. *Arbeidslivets spilleregler, Endringer i arbeidsforhold – stillingsvernreglene* Oslo 2003
- Woxholdt, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolking* 4.utgave Oslo 2001

Artikler i tidsskrifter

- Evju, Stein. *Rettskildelæren som teori I: Jussens Venner* Bind XV - 1980
- Evju, Stein. *Ufravikelighet – en kommentar I: Arbeidsrett* nr. 3 2005 s 137 – 140

Lovregistre:

Norske lover:

1814 Kongerigets Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

1915 Lov om rettergangsmaaten for tvistemaal 13. august 1915 nr. 6

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4

1927 Lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr. 1

1936 Lov om arbeidervern 19. juni 1936 nr. 8

1956 Lom om arbeidervern 7. desember 1956 nr. 2

1977 Lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv. 4. februar 1977

1983 Lov om statens tjenestemenn 4. mars 1983 nr. 3

1993 Lov om allmenngjøring av tariffavtaler 4. juni 1993

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30

Tariffavtaler:

Hovedavtalen (1994-1997) mellom LO og NAF

Hovedavtalen (2002-2005) mellom LO og NHO

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 31 (1935)

Ot.prp. nr. 8 (1956)

Ot.prp. nr. 41 (1975 – 1976)

Ot.prp. nr 50 (1993 – 1994)

Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005)

NOU 2004: 5

Rettspraksis:

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1935 s. 467

Rt. 1966 s. 393 Yven Papirfabrik

Rt. 1972 s. 1330 Grand Hotell

Rt. 1980 s. 52

Rt. 1986 s. 879 Hilleslanddommen

Rt. 1989 s. 508 Norsk Jernverk

Rt. 1992 s. 776 Sparebanken Nord-Norge dommen

Rt. 1994 s. 471

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 1998 s. 1357

Rt. 1999 s. 989

Rt. 2001 s. 71 Rasmussen Offshore

Rt. 2001 s. 1413 Norsk Folkehjelp

Avgjørelser avsagt av Arbeidsretten:

ARD 1949 s. 61

ARD 1986 s. 165

NAD 1981-83 s. 6

Underrettsdommer:

RG 1990 s. 1098

Dom av Gulating lagmannsrett 21. juni 1996

Dom av Borgarting lagmannsrett 14. desember 1998

Dom av Gulating lagmannsrett 29. januar 2001

Dom av Frostating lagmannsrett 7. november 2002

Konvensjoner og rekommandasjoner:

European Social Charter, 18. oktober 1961

ILO rekommandasjon nr. 119

ILO rekommandasjon nr. 166

Danske lover:

Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellom arbejdsgivere og funktionærer, LBK nr. 691 av 20/08/2002.

Svenske lover:

Lag om anställningsskydd av 1982:80.

Finske lover:

Arbetsavtalslag 26.1.2001/55.